

الحمد لله الذي جعل في الشريعة والآداب

معاني القضاة
لحقيق العدل والمساواة
الرحمة بين المتعلق والمعلق

ألكم
مفتي دار الفقه الإسلامي
أستاذ الفقه في الشريعة والقانون

منتلى إقرأ الثقافي

www.iqra-shifamontada.com

الطبعة الأولى ٢٠١٤

كتابان في مجلد واحد

معين القضاة لتحقيق العدل والمساواة

الصلة بين المنطق والقانون

معين القضاة لتحقيق العدل و المساواة

تأليف

الدكتور مصطفى ابراهيم الزلي
الاستاذ المتمرس في الشريعة والقانون

معين القضاة لتحقيق العدل والمساواة

تأليف : البروفيسور مصطفى ابراهيم الزلمي
الناشر: نشر احسان للنشر و التوزيع
الطبعة الأولى ٢٠١٤ - ١٤٣٥
مدير المشروع: ريدار رؤوف احمد
تصميم : جمعة صديق كاكه
المشرف على الطبع: ياسر يعقوبي

رقم الإيداع : ١٠٤٤ - ٢٠١٠
رقم الدولي (ISBN) للمجموعة:
978-600-349-006-2
رقم الدولي (ISBN) للكتاب:
978-600-349-026-0

﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ
 أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ
 تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ
 اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾ (٥٨)

سورة النساء / ٥٨

إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَدِهْ فَأَصَابَ
 فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَدِهْ
 فَأَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ

صحيح ابن حبان، برقم (٥٠٦٠)، ١١ / ٤٤٥

الفهرس

١١	المقدمة
١٢	الفصل الأول: مؤهلات ممارسة القضاء
١٥	المبحث الأول: المؤهلات الذاتية
١٧	ثانياً: المؤهلات السلوكية
١٩	المبحث الثاني: المؤهلات المكتسبة
١٩	المرحلة الأولى: الدراسات النظرية القانونية الألفية
٢٠	المرحلة الثانية: ممارسة الأعمال القانونية
٢١	المرحلة الثالثة: إكتساب الأهلية القضائية من دراسات المعهد القضائي
٢٥	الفصل الثاني: التزامات القضاء وحقوقهم
٢٧	المبحث الأول: إلتزامات القضاء
٣١	المبحث الثاني: حقوق القاضي
٢٥	الفصل الثالث: طرق الاستنباط والتكييف
٣٧	المبحث الأول: طرق استنباط الاحكام القضائية من النصوص
٤٥	المبحث الثاني: تكييف التصرفات والوقائع
٤٦	تطبيقات التكييف
٤٦	أولاً: من تطبيقات التكييف في القضايا المدنية تكييف العقد
٥١	ثانياً: من تطبيقات التكييف في المسائل الجزائية
٥٤	تدارك خطأ القاضي في التكييف
٥٤	أنواع التكييف
٥٥	الفصل الرابع: التفسير والتأويل
٥٧	المبحث الأول: التفسير
٥٧	أولاً: من حيث القصد اللفظي و تشبيهي
٥٧	ثانياً: من حيث العلم بوجود مفردات للمعرف خارج الذهن وعدم وجوده
٥٨	ثالثاً: التفسير المنطقي

٦٢	رابعاً: التفسير العلمي
٦٢	خامساً: التفسير المنطقي
٦٦	المبحث الثاني: التأويل
٦٦	مجال التأويل:
٦٧	شروط التأويل
٧٥	الفصل الخامس: الاستعانة بالغير
٧٧	المبحث الأول: الاستعانة بالطب العدلي
٨١	المبحث الثاني: الاستعانة بأهل الخبرة والاختصاص
٨٧	الفصل السادس: المنطق القانوني
٨٩	المبحث الأول: المنطق القانوني في التصورات
٨٩	التصورات والتصديقات
٩١	البدهي والنظري
٩١	التصورات مبادئها ومقاصدها
٩١	أولاً: مبادئ التصورات
٩٦	ثانياً: مقاصد التصورات
٩٩	المبحث الثاني: المنطق القانوني في التصديقات
٩٩	أولاً: مبادئ التصديقات
١٠٠	اقسام العملية
١٠٢	التناقض بين المقدمات (القضايا)
١٠٤	ثانياً: مقاصد التصديقات
١٠٩	الفصل السابع: المنطق القضائي
١١١	المبحث الأول: الترجيح والمراجعات
١١١	شروط الترجيح
١١٢	الترجيح والمصطلحات ذات الصلة
١١٤	رفع التعارض بين الأدلة
١٢٠	المبحث الثاني: الاقتناع القضائي والأدلة المقنعة
١٢١	المنطق والاقتناع القضائي
١٢٣	المبحث الثالث: تعرض الحكم القضائي للطعن
١٢٧	الفصل الثامن: فلسفة القانون تشريعاً وتطبيقاً وتنفيذاً
١٢٩	المبحث الأول: فلسفة القانون تشريعاً
١٣٣	المبحث الثاني: فلسفة القانون تطبيقاً

١٣٣.....	اولاً: تحقيق المساواة.....
١٣٣.....	أ-المساواة في القانون.....
١٣٥.....	ب- المساواة أمام القضاء
١٣٦.....	ثانياً: تحقيق العدالة.....
١٣٧.....	العدالة للظلمة والعدالة النسبية.....
١٣٨.....	العدالة التوزيعية والعدالة التبادلية
١٣٨.....	تقوم التوزيع.....
١٣٩.....	التفرقة بين العدل والعدالة.....
١٤٠.....	المبحث الثالث: فلسفة القانون تنفيذاً.....
١٤٢.....	الفصل التاسع: مبادئ العدالة وآداب القضاء في الإسلام
١٤٥.....	المبحث الأول: مبادئ العدالة في الإسلام
١٤٦.....	اولاً: مبدأ عدم تقييد القاضي بحرية النص
.....	ثانياً: مبدأ صلاحية القاضي تخصيص عموم النص وتقييد مطلقه بالمصلحة
١٤٧.....	كلما دعت العدالة الى ذلك
١٤٨.....	ثالثاً: مبدأ دوران الحكم مع علته وجوداً وعدماً
١٤٩.....	رابعاً: مبدأ عدم تفويت تطبيق حكم النص لمصلحة أهم
١٥٠.....	خامساً: مبدأ عدم تضييع حكم القاضي للواقعة.....
١٥١.....	سادساً: مبدأ المعاملة بتقيض القصد السيء
١٥٣.....	سابعاً: مبدأ تفعيل الاحكام بتفعيل الازمان
١٥٤.....	ثامناً: مبدأ عدم صلاحية القاضي في استحداث الجريمة والعقوبة
١٥٥.....	تاسعاً: مبدأ البراءة الاصلية.....
١٥٧.....	المبحث الثاني: آداب القضاء في رسالة عمر بن الخطاب
١٦٣.....	الفصل العاشر: ضمانات المتهم والحصانة
١٦٥.....	المبحث الأول: ضمانات المتهم
١٧٢.....	المبحث الثاني: الحصانة
١٧٢.....	تعريف الحصانة
١٧٩.....	الفصل الحادي عشر: الاجتهاد القضائي
١٨٠.....	شروط الاجتهاد
١٨٢.....	المبحث الأول: الاجتهاد في مورد النص.....
١٨٢.....	الفرع الأول: الاجتهاد في مورد النصصر غير الجزائية
١٨٥.....	الفرع الثاني: الاجتهاد في مورد النصصر الجزائية

- ١٨٧..... للمبحث الثاني: الاجتهاد فيما لا نص فيه
- ١٨٧..... مجال تطبيق الاجتهاد القضائي
- ١٨٨..... أهم طرق الاجتهاد فيما لا نص فيه
- ١٨٩..... شروط العمل بالمعرف
- ١٩١..... القانون والاجتهاد القضائي

١. منذ الخليقة انقسم العالم البشري الى معسكرين: - معسكر الخير ومعسكر الشر. فالتضت هذه المسنة للحياة ان تكون في كل عصر يد حكيمة مدبرة تمسك بالخيوط وتورد المركب المتزاحم للتصارع الى شاطئ الخير والاصلاح في نهاية المطاف.
٢. ومنذ زمن بعيد اختلف المفكرون من الفلاسفة وعلماء القانون في تحديد الغريزة الاصلية للانسان هل هي خيرة بالطبع أو شريرة بالفطرة فذهب البعض^(١) الى ان طبيعة الانسان فطرت على الخير فهو يختار سلوك الشر تحت تأثير عوامل طارئة كالاسباب المادية (الطبيعية) أو الأنثروبولوجية (الفردية) أو الاجتماعية أو الوراثية، أو غير ذلك مما يضعه تحت كابوس الشهوات ويخضعه لسلطان النزوات بينما يرى البعض الآخر^(٢) عكس هذا الاتجاه فحكموا على الانسان بأن فطرته مطبوعه على الشر فهو شرير بالطبع فإذا سلك في مسار الخير يكون ذلك لعوامل خارجة عن مقتضى طبعه كالتربية الأسرية و التوعية الدينية و نحو ذلك.
٣. إجماع القرآن في تحديد طبيعة الانسان يختلف عن الأكهاين المذكورين فهو يقر أن الانسان ليس خيرا في الأصل ولا شريرا بالطبع وإنما يعمل نزعتين في وقت واحد، نزعة الخير ونزعة الشر يترأسهما العقل فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَفُتِّسَ وَمَا سَوَّاهَا^(٣) فَأَلْهَمَهَا فُجُورَهَا^(٤) وَتَقْوَاهَا^(٥) قَدْ أَفْلَحَ مَنْ زَكَّاهَا^(٦) وَقَدْ خَابَ مَنْ دَسَّاهَا^(٧)﴾.
٤. الانسان بمثابة دولة ذات سيادة مستقلة يرأسها العقل وله وزيران هما نزعة الخير ونزعة الشر وأجهزة المخابرات وهي الحواس الخمس الظاهرة، ووسائل دفاعية وهما الايدي والأرجل واللسنة و تتدخل في شؤون هذه الدولة عوامل خارجية مؤثرة تدفعها نحو

(١) ومنهم سقراط (٤٦٩-٣٩٩ ق. م) الفيلسوف اليوناني في أثينا.

(٢) ومنهم اليسوعيون من الفلاسفة ولومبروز من علماء القانون والطب.

(٣) أي والقدرة التي خلقت نفس الانسان.

(٤) إشارة إلى نزعة الشر.

(٥) التزكية تكون بتغليب نزعة الخير على نزعة الشر.

(٦) التزكية تكون بتغليب نزعة الخير على نزعة الشر.

(٧) صورة الشمس / ٧-١٠

الحج إذا تغلبت نزعة الحج أو نزعة الشر إذا انتصرت نزعة الشر في معركة الحياة حين الاحتكاك بالغير.

٥. الإنسان رغم أنه اجتماعي بالطبع إلا أنه في نفس الوقت اناني من حيث الذات يحصل إيثار نفسه على غيره حين تضارب المصالح. لذا أصبح من ضروريات الحياة في كل زمان ومكان وجود قانون يحدد حقوق والتزامات كل شخص طبيعي أو معنوي بحيث يتضح أمام الناس أن كل شخص ينتهي حقه في الحدود التي يبدأ فيها حق الغير.

٦. وجود القانون وحده لا يكفي إذا لم يطبق من الناحية العملية بل يبقى حبرا على ورق وجوده وعدمه سياتي لنا أصبح أيضا من ضروريات الحياة قيام سلطة قضائية تتولى تطبيق القانون لتأمين العدل بأعطاء كل طرف من أطراف النزاع والمحسومة ما يستحقه من ثواب أو عقاب وتحقيق المساواة في التوازن بين الحقوق والالتزامات.

٧. ولاهمية القضاء في الحياة البشرية وصف منذ القدم بأنه فريضة عكسة أي لا يقبل النسخ والالغاء ولا يمكن الاستغناء عنه في أي زمان ومكان مهما تطورت الحضارة البشرية فهو الأفضل وأزاد شعور كل فرد للمسؤولية تجاه الغير لأن فريضة القضاء عقلية قبل أن تكون شرعية وقانونية ومن البدهي أن الحكم العقلي لا يحتمل الغناء والاستغناء عنه. ومن هذا المنطلق يجب على ولي الأمر في كل التليم أن يسولي قضاء يختارهم من النخبة المتميزة المتخلية عن كل رذيلة والمتخلية بكل فضيلة.

٨. ومميت هذا الجهد المتواضع (معين القضاء لتحقيق العدل والمساواة) راجيا من الله عزوجل أن يحقق هذه الغاية وأن يجعل هذا الجهد المتواضع بداية لسلسلة متقاربة في الغاية تحت عنوان (المعين) وأن يليه باذن الله معين الاستاذ الجامعي.

ومن الله التوفيق

وهو على كل شيء قدير



الفصل الأول

مؤهلات ممارسة القضاء

المؤهلات التي يجب أن تتوفر فيمن يتولى مهمة
القضاء يمكن تلخيصها من حيث الطبيعة في
قسمين:

المؤهلات الذاتية و للمؤهلات المكتسبة.

لذا توزع دراسة هذا الموضوع على مبحثين:

يخص الأول للمؤهلات الذاتية

والثاني للمؤهلات المكتسبة.



المبحث الأول

المؤهلات الذاتية

المؤهلات الذاتية (أو الشخصية) منها إعتقادية ومنها سلوكية.

أولاً: المؤهلات الإعتقادية:

وهي الإيمان بالله وما يتفرع عنه من الإيمان بسائر المغيبيات. فالإيمان بالله يعد الركيزة الرئيسة لبناء الحياة السعيدة و المنطلق الأول للصعود إلى متطلبات الحياة وتنظيم العلاقات على أسس علمية صحيحة بين الأفراد و المجتمعات في جميع المجالات حين الدخول في معركة الحياة وإحتكاك الناس بعضهم ببعض.

ولهذا قيل: (من يملك عقيدة فاسدة خرج عن لا عقيدة له) لأن له نوعاً من الالتزام بمقتضى هذه العقيدة رغم فسادها. فالإيمان بالله مصدر لطاقة روحية تراقب الإنسان في أقواله و أعماله و تراقب العامل في معمله، والزارع في مزرعته والموظف في مقر عمله، والقاضي أثناء إجراءاته القضائية وإصدار حكمه، وأصحاب المهن والحرف حين ممارسة أعمالهم المهنية والحرفية، والمعلم في مدرسته، والأم في بيتها، والسلطة حين ممارسة مسؤولياتها.

وهكذا يراقب الإنسان نفسه بنفسه بدون حاجة إلى رقابة سياسية أو إدارية أو قضائية أو فخر ذلك.

والإيمان العلمي بالله واجب عقلي قبل أن يكون واجبا شرعيا لأنه لا يمكن إكتسابه عن طريق الرسل والأنبياء والكتب المقدسة المنزلة عليهم لأن الإيمان بها يتوقف على الإيمان بالله مقدما ولو توقف عليها الإيمان بالله لما تحقق هذا الإيمان لما في ذلك من الاستحالة المنطقية.

ولإيضاح هذه الحقيقة لو توقف (أ) على (ب) وتوقف (ب) على (أ) لتوقف وجود (أ) على نفسه بعد حذف المكرر (ب). وتوقف الشيء على نفسه يستلزم تقدمه على نفسه أي

يلزم أن يكون (أ) موجوداً قبل أن يوجد وهذا مستحيل والمستلزم للمستحيل مستحيل أيضاً.

والإيمان بالله يجب أن يكون عن طريق الاستدلال بالبرهان (الإنسي)^(١) أي الاستدلال بالأثر على وجود مؤثره لأن الإيمان التقليدي تبعاً للأبرين أو غيرهما مرفوض وغير مقبول لأن التقليد، في أصول وفروع الدين قابل للزوال بتشكيك المشكك. لذا نجد شبابنا المؤمنين إيماناً تقليدياً حين يذهبون للخارج لإكمال دراستهم أو نحو ذلك ينحرف كثير منهم إلى الألحاد لأن إيمانهم كان تقليدياً للأباء مثلاً ولو كان هذا الإيمان علمياً وإستدلالياً لما تأثر بالمؤثرات الخارجية حين الاحتكاك بالغير.

الاستدلال بالبرهان (الإنسي) بسيط جداً لا يحتاج إلا إلى إستخدام العقل السليم والتفكير في خلق السموات والأرض وما فيها.

وهذا ما صادفته في حياتي العملية في كلية القانون جامعة بغداد ١٩٨٧ ففي بداية السنة الدراسية دخلت القاعة للقاء محاضرة في اليوم الأول فقام أحد الطلبة ورفع يده فقلت له أنا لم أبدأ بالمحاضرة بعد حتى تناقشني، قال يا استاذي الموضوع لا صلة له بالدرس ومناقشته وإنما مشكلتي عبارة عن كوني من أبرين مسلمين ورغم ذلك أنا ملحد ولي الرغبة الشديدة في أن يوجهني شخص ويقتني بوجود الله ولقد الآن لم أجد هذا الشخص.

فقلت له إجلس الآن أثبت لك وجود الله بنفس دقائق فسألته هل يتصور أن تأتي هذه القاعة المبنية التي ندرس فيها إلى الوجود صدفة بدون بناء والعمال والمواد الأولية ؟

قال: كلا، فقلت إذن هذا الكون العظيم الذي مازالت عقول علماء الفضاء حيارى أين يبدأ وأين ينتهي كيف أتى إلى الوجود بدون الخالق؟

قال: أوجدته الطبيعة.

قلت: هل الطبيعة موجودة أو معدومة فعلى تقدير كونها معدومة كيف يخلق المصدوم الموجود ؟

قال: الطبيعة موجودة.

(١) البرهان (الاستدلال بالأدلة القطعية) إما (لمسي) أي إستدلال بالمؤثر على وجود أشربه كالإستدلال بالجراثيم والميكروبات في الدم بعد تحليله على تشخيص المرض من قبل الأطباء المختصين. وإما (إنسي) وهو الإستدلال بالأثر على وجود المؤثر كالإستدلال بالكون على وجود خالقه

قلت: هل الطبيعة جزء من الكون ذاته لوشي. خارج عنه. فإذا كان جزءاً منه كيف يخلق الشيء نفسه؟

قال: ليس جزءاً من الكون وإلا لزم أن يخلق الشيء نفسه.
فقلت: هل بإمكان التجار أن يحول لوحة خشبية إلى أثاث بيتي بدون أدوات التجارة؟
قال: كلا.

قلت: هل بإمكان الطبيعة أن تخلق هذا الكون المنظم الغريب العجيب بدون علم وإرادة وقدر؟
قال: كلا.

قلت: النبي تسميه أنت وأمثالك الطبيعة هي عبارة عن ذات الله سبحانه وتعالى وإن الاختلاف في التسمية.

قال: أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً رسول الله (ﷺ).
وهكذا يقول الطالب بأقل من خمس دقائق من عالم الانهيار إلى عالم الإيمان.
وكان هذا الطالب يقول لي يا أستاذ كل يوم أقرأ بعضاً من القرآن الكريم قبل المجيء إلى الكلية.

ثانياً: المؤهلات السلوكية:

يجب أن يكون المرشح للقضاء في المستقبل ذا سلوك نزيه صحيح مستقيم يتحلى في ذاته بالصفات الحميدة والأخلاق الفاضلة ويتحلى عن كل رذيلة تحمل بشخصيته وفي مقدمة هذه الصفات:

أ - النزاهة: فهي إذا كانت ضرورية لكل إنسان يتعامل مع غيره بصدق وثقة وأمانة وعدم إغتيال وهو ذلك فإنها أهم بكثير بالنسبة لمن يمارس أخطر وظيفة في الحياة العملية في جميع دول العالم.

لأن خطأ غير القاضي يمكن تداركه وتعويضه وعلى سبيل المثال إذا أخطأ الأستاذ في تفسير نص فإن هذا الخطأ يمكن تصحيحه من قبل شخص آخر أو من المخطيء نفسه، والتاجر إذا أخطأ في تعامله مع الغير بالأماكن تصحيحه وتعويض المتضرر. بخلاف خطأ القاضي فهو غير قابل للتصحيح بعد إكتساب الحكم الحاطي. غير العادل درجة البتات.

وبعد تصديق الحكم من محكمة عليا أو إنتهاء مدة الطعن في الحكم لا يبقى مجال لتدارك سلبيات هذا الخطأ غالباً. والنزاهة صفة كمالية وضرورية في وقت واحد وهي ذاتية ممنوحة له بفضل الله يؤتيها من يشاء.

ب - الاستقامة: ومن السلوكية الصحيحة الاستقامة وبقاء الإنسان على نخط واحد في الحياة في كل زمان ومكان وأحوال.

فهي من الصفات الشاقة فلما يستطيع الإنسان أن يتحلى بها ويستمر عليها في عصر تغلب النزعة المادية على النزعة المعنوية.

وقد رأيت في حياتي كثيراً من الناس تقلبوا وتحركوا وتلونوا بألوان مختلفة وراء كسب الوظائف والمناصب والمادة كتقلب الريشة في مهب الريح.

ولصعوبة إستمرارية صفة الاستقامة شكى من هذه الصعوبة أعظم رجل في تاريخ البشرية بشهادة المفكرين والفلاسفة من غير المسلمين وهو سيدنا محمد (ﷺ) حين قال (شيبني هود) أي سورة هود في القرآن الكريم لأنها تتضمن آية: ﴿فَاسْتَقِمْ كَمَا أُمِرْتَ وَمَنْ تَابَ مَعَكَ وَلَا تَطْغَوْا إِنَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾^(١).

ج - الأمانة والصدق وعدم الأنحياز: لأن وظيفة القضاء تتطلب توفر هذه الصفات فيمن مارسها تحقيقاً للعدالة وتطبيقاً للمساواة.

د - العقلية الناضجة والأدراك الحاد والقدرة المتفوقة القادرة على التحليل و التعليل والاستنتاج.

هـ - أن يتمتع بقوة الشخصية ولباقة بدنية و سلامة الحواس الظاهرة والباطنة للاحتفاظ بهيبته وكرامته وشخصيته.

ويجب أن تكون المؤسسة التي تتولى ترشيح شخص ليكون قاضي المستقبل مستقلة غير مرتبطة بجهة سياسية أو إدارية أو حزبية وقادرة على إدراك الصفات الذاتية المذكورة.

المبحث الثاني

المؤهلات المكتسبة

يكتسب القاضي الصلاحية لتحقيق العدالة والمساواة مؤهلاته وخبرته العلمية والعملية من ثلاثة يتبايع في ثلاث مراحل وهي: - كلية القانون، والمعهد العالي للقضاء، أو المعهد القضائي، وممارسة الأعمال القانونية.

المرحلة الأولى: الدراسات النظرية القانونية الأولية.

وتكون هذه المرحلة في إحدى كليات القانون (الحقوق) المعترف بها رسمياً. ومن الواضح أن الدراسة في هذه المراحل الأولية في كليات القانون غالباً تكون نظرية محضة وقد تكون سطحية يعتد فيها الطالب على حفظ الألفاظ بمعزل عن الدخول في عمق معانيها فلا يكتسب عقلية قانونية أو ذهنية فقهية تؤهله للإلتحاق بالمرحلة الثانية (المعهد القضائي).

لذا من الضروري أن تكون هناك طريقة واضحة للتأكد من توفر المؤهلات المكتسبة في هذه المرحلة بحيث تؤهله للإلتحاق بما تليها، وأن يحدد القانون عملية اختيار القضاة بشكل واضح، وأن تكون هناك معايير واضحة لاختيار المرشحين للقضاء المستقبل وأن تعتمد هذه المعايير على عناصر موضوعية مثل إختيار الكفاءة، وأن يؤخذ بعين الاعتبار مزايا المرشحين وأن تقطع عملية إختيار القضاة لرقابتهينة مستقلة كالمجلس القضائي، وأن تكون عملية إختيار القضاة شفافة وأن يتم الإعلان عن معايير وإجراءات الإختيار والاختبار، وأن يعلن أسماء المرشحين مقدماً وسميتهم الذاتية، وأن تكون المؤسسة المسؤولة عن إختيار القضاة مستقلة عن وزارة العدل والمعهد القضائي إستبعاداً للوساطات والتدخلات الخارجية، ويجب أن تكون أسئلة الإختبار فكرية توضع من قبل لجنة وتصحب من لجنة ثانية وتدقق من لجنة ثالثة.

المرحلة الثانية: ممارسة الأعمال القانونية.

من الواضح ان كل نتيجة ايجابية ذات نفع عام تخدم المصلحة العامة يقدمها الانسان لمجتمعه هي ثمرة ثلاث مقدمات تتوقف عليها هذه النتيجة.

المقدمة الاولى: - مجموعة أفكار وآراء ونظريات لندية مصدرها العقل السليم أو مكتسبة من الدراسات النظرية وهي غزونة في الذهن أو في إحدى الحواس الباطنية.

المقدمة الثانية: - هي الفاظ وجمل و تعابير تعبر عن تلك الافكار والآراء والنظريات وتصبح قوالب لها وتخرجها من عالم الباطن الى عالم الظاهر ليطلع عليها الغر بمن يهه هذا الاطلاع.

المقدمة الثالثة: - استخدام مجموع المقدمتين المذكورتين في مجال من المجالات الخاصة بهما من الناحية التطبيقية والعلمية.

فاذا تخلفت مقدمة من هذه المقدمات الثلاث تكون العملية عقيمة والنتيجة سقيمة. فالاجراءات القضائية تتكون من المقدمات الثلاث المذكورة بدءاً برفع الدعوى أمام القضاء وعرض القضية (موضوع الدعوى) عليه مارة بالمعلومات القضائية المسموعة كإفادات الشهود أو المقررة كالتقارير المرفوعة من قاضي التحقيق أو (المحقق القضائي) أو من الطب العدلي والمطالعات المقدمة من هيئة الادعاء العام أو المروية كمشاهدة آثار الجريمة و بصمات الأصابع ويقع الدم ونحو ذلك إلى إصدار الحكم النهائي بالادانة أوالبراءة بعد إقتناع القاضي المكتسب من تلك المعلومات كلها تستهدف نتيجة واحدة وهي الحكم العادل المقرر لكل ذي علاقة ما يستحقه دون أن يكون هناك مظلوم أو مغبون أو ظالم من أحد أطراف النزاع والمصومة.

ومن البدهي أن مصدر كسب الأفكار والآراء والنظريات القانونية عبارة عن الدراسة في مراحلها الأربع في كليات القانون والمعاهد القضائية العليا خلال سنوات الدراسة.

وقد يكتسبها القانوني من مطالعاته الخارجية للأبحاث القانونية خارج تلك الدراسات. أما مراجع إكتساب الخبرة العملية والمهارة التطبيقية فهي عبارة عن ساحة العمل ومضمار التحرك الفعلي في مجالات عمل المحامي والمعاون القضائي والمحقق العدلي وكاتب العدل وهيئة الادعاء العام ومسؤول الشعبة القانونية في الدوائر والمؤسسات ونحو ذلك في المجالات الأخرى من ممارسة الأعمال القانونية.

وتفضل ممارسة مهنة المحاماة على المهن القانونية الأخرى لأن المحامي يهيمه الدخول في جميع الزايات القانونية الدقيقة لكسب الدعوى التي وكل فيها ولأنه في مناقشاته القضائية أثناء المرافعة وفي تحليلاته العملية وتعليقاته الغائية وإستنتاجاته المطلوبة أكثر قدرة وأكفاً أهلية ليتولى وظيفة القضاء في المستقبل.

ثم إن القانوني كما يكتسب الخبرة النظرية من دراساته قد تكون الآراء والنظريات القانونية من بنات أفكاره. وفي جميع الأحوال من يتولى مهمة القضاء دون المرور بالخبرة القانونية المكتسبة من الممارسة لا يكون ناجحاً في أداء مهمته غالباً. لذا يجب على من يتولى منصب القضاء أن يحصع بين المؤهلات النظرية والمؤهلات العملية.

فإذا لم يكن مؤهلاً كاملاً بأن تخلف فيه توفر إحدى المقدمات الثلاث المذكورة تأتي نتيجة الحكم غير كاملة و غير عادلة طبقاً للقاعدة المنطقية (إن النتيجة تابعة لأخس مقدماتها) فإذا كانت إحداهما ناقصة تأتي النتيجة ناقصة وإذا كانت سلبية كانت النتيجة سلبية وإذا كانت جزئية فالنتيجة تكون جزئية وإذا كانت طنية تكون النتيجة طنية.

وينبغي على المحصلة النهائية لما ذكرنا ضرورة توفر الخبرة العملية والممارسة القانونية لدى المرشح قبل قبوله في المعهد القضائي او بعد اجتياز هذا المعهد بنجاح وقبل تعيينه على أن تكون مدة الممارسة العملية كافية لاكتساب الأهلية القضائية.

ومن المفضل أن تكون هذه الممارسة قبل الانتساب الى المعهد القضائي حتى تكون حلقة وصل بين الخبرة النظرية المكتسبة في مراحل دراسة كلية القانون وبين ما يكتسبه من هذه الخبرة في المعهد القضائي وبالتالي تأتي نتائج الأحكام القضائية عادلة باعطاء كل ذي حق ما يستحقه من الجزاء العادل.

المرحلة الثالثة: إكتساب الأهلية القضائية من دراسات المعهد

القضائي.

واقترح إستحداث معهد قضائي في كوردستان العراق والاستغناء عن المعهد القضائي في بغداد للعوامل الآتية: -

١. إستبعاد ظاهرة التمييز المنصري في الاختيار والاختبار حين قبول المرشحين.
٢. عدم صلاحية الدراسة لتأهيل القاضي بوضعه الحالي. وقد مارست التدريس في

المعهد القضائي القائم سبع سنوات فوجدت أنه لا يحلق الاهلية المكتسبة الكافية لتولي منصب القضاء الذي هو أخطر المناصب وذلك للأسباب الآتية: -

أ- ٥٠٪ من الدراسة في السنتين المقررتين تكرر وترديد لما درسه الطالب في كلية القانون.

ب- ٣٠٪ دراسات تطبيقية من قبل القضاء أو من حضور الطلبة في جلسات المحاكم أثناء الاجراءات القضائية وكانت تطبيقات القضاء دراسة نظرية أكثر من أن تكون تطبيقية.

وفي حضور جلسات الاجراءات القضائية في المحاكم ضياع للوقت والعمر لضيق الزمن المحدد لهم بالإضافة الى غياب بعضهم غالباً عن الحضور في المحاكم. وقد أقرحت حين كنت محاضراً هناك أن تسجل الاجراءات القضائية في جهاز ثم تعرض عن طريق جهاز آخر على الطلبة في قاعة التدريس بحضور الاستاذ المختص على أن يطلب منهم بين فترة وأخرى التعليق على تلك الاجراءات وبيان رأيهم فيها.

لكن من المؤسف لم اجد أذناً صاغياً لهذا الاقتراح

ت- قلّه وجود كادر تدريسي يتمتع بكفاءة علمية عالية تؤهله للتدريس في هذه المرحلة.

ث- غياب العلوم العقلية التي هي ضرورية للقاضي ولكل من يتعامل مع النصوص كعلم المنطق والفلسفة و أصول الفقه وهذه العلوم التي تسمي العلوم الآلية غايتها تأهيل الانسان لأن يستخرج الاحكام من النصوص بطريقة علمية سليمة عادلة.

فللنطق: مراعاة قواعده تعصم ذهن القاضي عن الخطأ في إكتساب المجهولات من المعلومات المتيسرة لديه فالمعلومات التي تسبق كسب المجهول منها مسموعة كإفادات الشهود ومطالعات نائب المدعي العام، ومنها مقررّة كتقارير قاضي التحقيق والطب العدلي، ومنها مرئية كمشاهدة آثار الجريمة.

ومن الواضح أن أهداف هذه المعلومات عبارة عن إيصال القاضي الى مجهول مطلوب وهو الحكم العادل.

وهلم الفلسفة: يرشد القاضي الى العلة الغائية من تطبيق القانون وتكييف الواقعة القانونية والتصرف القانوني.

وهلم أصول الفقه: يحمي عقلية القاضي عن الخطأ في استنباط الاحكام من مصادرها. وللأسباب المذكورة من نواقص المعهد القضائي القائم في بغداد من الضروري أن يتصارع المسؤولون في حكومة إقليم كوردستان العراق الى فتح معهد قضائي تتوفر فيه شروط اكتساب القاضي الأهلية اللازمة لتحقيق العدالة والمساواة.



الفصل الثاني

التزامات القضاة وحقوقهم

توزع دراسة هذا الموضوع على مبحثين
يخص الأول لالتزامات القضاة، والثاني
لحقوقهم.



المبحث الأول

التزامات القضاء

١. يلتزم القاضي الصالح لتحقيق العدالة والمساواة بالوفاء بالتزامات الآتية: -
١. المحافظة على كرامة القضاء والابتعاد عن كل ما يبيح على الرتبة والشك في استقامته و تحقيق أهداف القانون من العدالة والمساواة.
٢. كتمان الأمر والمعلومات والوثائق التي يتطلع عليها بحكم وظيفته أو خلالها إذا كانت سرية بطبيعتها أو يخشى من إفشائها إلحاق الضرر بالدولة أو الأشخاص الطبيعيين، ويظل هذا الالتزام قائما ومستمرا حتى بعد إنتهاء وظيفته وخدمته القضائية.
٣. عدم مزاوله الأعمال التجارية ونحوها والأعمال التي لا تليق بمركزه ولا تتفق مع وظيفته القضائية.
٤. أن ينظر في القضايا التي تدخل في نطاق إختصاصه وفي حدود منطقتيه وأن لا يتجاوز هذه الحدود.
٥. أن يتقيد بمبدأ المساواة في تعامله مع المدعي والمدعى عليه بأن يكون محايدا غير منحاز الى أحد الطرفين.
٦. على القاضي أن لا ينحاز الى الدولة وأن لا ينتمي إلى أي حزب أيأ كانت طبيعته وأن لا يكون عضوا في أية منظمة سياسية.
٧. أن يخضع للرقابة القضائية في كل ما يصدر عنه من الأحكام القضائية وفي تصرفاته الشخصية ما لم يكن متمتعا بموجب القانون في الموضوع الذي ينظر فيه بالسلطة القضائية.
٨. أن يمتنع عن تطبيق القوانين غير الدستورية وعليه أن يخبر السلطة التشريعية حول كل قانون غير دستوري وكل مادة غير دستورية.
٩. أن لا يتقيد بجزئية النص في القضايا غير الجزائية إذا وجد أن هذا التقيد يتنافى مع العدالة والمساواة لان النص القانوني يشرع ويعدل ويلغى لأجل تحقيق العدالة والمساواة. فالقانون وسيلة وليس بغاية، ولا قيمة للوسيلة إذا لم تحقق غايتها المشروعة.

أما في القضايا الجزائية فالقاضي رغم تقيده بحرفية النص على أساس مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة الا بقانون) عليه أن يحاول تفسير النص أو تأويله أو الأخذ بالظروف الداخلية والخارجية للمتهم متى ما وجد أن التقييد بحرفية النص يتنافى مع العدالة على أن لا يؤدي ذلك إلى إستحداث جريمة أو عقوبة جديدة.

وجدير بالذكر أن هذا المبدأ نص عليه دساتير جميع دول العالم في العصر الحديث وتستخلص من هذا المبدأ قواعد عامة يلتزم بها القاضي وأهمها مايلي: -

أ. لا يجرم فعل ولا امتناع إلا إذا عرف بمقتضى قانون صادر قبل ارتكابه بمعنى أن القانون الجزائي لا يطبق بأثر رجعي مالم ينص القانون على خلاف ذلك.

ب. الأصل في الأشياء النافعة الإباحة.

ج. المتهم بريء حتى تثبت إدانته.

د. الأصل براءة الذمة من كل مسؤولية جزائية ومدنية إستصحابا لأنه يولد بريئا وعلى القاضي أن يعتبره في كل تهمة تنسب إليه أنه مازال بريئا حتى يثبت خلاف ذلك.

هـ. الأصل في الصفات العارضة العدم، ومن البديهي أن الجريمة صفة عارضة توجد بعد أن لم تكن موجودة ولهذا لو تعارضت بينة كل من المدعي والمدعى عليه تقدم بينة الثاني لأنها مع الأصل وعلى هذا الأساس أيضا وردت قاعدة البينة على المدعى لأنه يدعي خلاف الأصل واليمين على من انكر لأنه مع الأصل.

و. الأعمال الجرمية محدودة بخلاف الأعمال غير المشروعة الضارة الموجبة للتعويض في القضايا المدنية لأنها لا تخضع للحصر والتحديد.

ز. الشك يفسر لصالح المتهم لأن الأصل هو البراءة.

ح. لا مجال للقياس في تجريم فعل أو امتناع ولا في تقرير عقوبة كما لا يجوز توسيع النص الجزائي عن طريق القياس في القضايا الجزائية لأن إستعمال القياس فيها يتنافى مع مبدأ الشرعية.

١٠. إذا تعارضت قاعدة جزائية مقننة غير عادلة مع قاعدة عادلة غير مقننة على القاضي أن يقدم الأولى في العمل على الثانية لأن النص الجزائي المقنن رغم تضمنه لعقوبة قاسية غير عادلة يعلن للناس ما هو مباح وما هو محظور فلا عذر لهم إذا ارتكبوا ما يستوجب تطبيق هذا النص عليهم.

- هذا من جهة ومن جهة أخرى أن الاستقرار للمواطنين مصلحة عامة ورعاية العدالة في قضية معينة أولى من رعايه مصلحة خاصة لذا تقدم الأولى على الثانية في العمل.
١١. الالتزام بالتقيد بالعمل بمقتضى مبدأ شخصية الجريمة فلا يجوز مساءلة ومحاسبة غير المجاني من أقاربه أو غريمهم على جرم إرتكبه شخص آخر.
- وقد نص القرآن الكريم على هذا المبدأ قبل القانون بمئات السنين في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِدُ وَازِدَةً وَزْدًا أُخْرَى﴾.^(١١)
- أي لا يتحمل نفس مسؤولية جريمة ترتكبها نفس أخرى ومنها قوله تعالى: ﴿وَمَنْ ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهِهَا وَلَا تَزِدُ وَازِدَةً وَزْدًا أُخْرَى﴾.^(١٢)
١٢. الالتزام بالعمل بقاعدة (إذا حصل الاحتمال بطل الاستدلال) فإذا تعارضت بينة المدعي والمدعى عليه ولم يكن هناك مرجح لترجيح احدهما على الاخرى يجب إعمال العمل بهما لاحتمال الصدق والكذب في البينتين على حد سواء وبناء على ذلك يحصل الاحتمال في كليتهما وبالتالي يبطل العمل بأية واحدة منهما.
١٣. يلتزم القاضي بأن يحكم بما هو الأصلح للمتهم^(١٣).
- حتى يكون القانون الجديد أصلح للمتهم ؟
- يعرف الأصلح من إحدى الطرق الآتية^(١٤):
- أولاً: يلتزم القاضي بالمقارنة بين القانونين (القديم والجديد) بالنسبة لمتهم معين بالذات مع رعاية ظروفه الخاصة لا بالنسبة الى مجموعة من المتهمين تتفاوت ظروفهم وتحديد الأصلح هو تطبيق لقواعد قانونية تحدد سلطة النص الجزائي من حيث الزمان (المشئ الفلسفي)، وتكييف الجديد بأنه أصلح للمتهم من وظيفة القاضي ولا شأن للمتهم به فلا يجوز للقاضي أن يترك الخيار للمتهم ليحدده لنفسه ماضو الأصلح من القانونين.

(١١) سورة الانعام / ١٦٤

(١٢) سورة الاسراء / ١٥

(١٣) إذا صدر قانون جديد فيما يتعلق بتهمة المتهم قبل ان يصدر الحكم ويكتسب درجة البتات يعمل بما هو الأصلح لمتهم من القانونين السابق واللاحق

(١٤) ينظر د. محمود نجيب حسني / الموجز في شرح قانون العقوبات المصري / القسم العام / ص ٧٤ ومايليها. د. رؤوف حبيب / مبادئ القسم العام من التشريع العقابي / ص ١٥ ومايليها.

ثانياً: يلتزم القاضي بأن يستشد بضوابط ومعايير معينة يحدد بها القانون الأصلح للمتهم.

ويكون الجديد أصلح في ضوء المعايير الآتية: -

أ. إذا أباح الجديد الفعل بعد أن جرمه القديم.

ب. إذا خفف الجديد العقوبة.

ج. إذا أقر الجديد مانعاً جديداً من موانع المسؤولية الجزائية بشأن رفع سن بدء هذه

المسؤولية كما رفع قانون رعاية الأحداث^(١)، هذه السن من إكمال السابعة^(٢) من

العمر إلى إكمال التاسعة.

د. إذا أضاف الجديد ركناً أو شرطاً جديداً للجريمة لم يكن موجوداً في ظل القديم.

هـ. إذا أقر الجديد عنزاً قانونياً معفياً لم يكن موجوداً في القانون السابق.

١٤. أينما ورد تعبير (على المحكمة) أو (تتكم المحكمة) ونحو ذلك يلتزم القاضي بشأن

يحكم بما ورد في النص.

ومن تطبيقات هذه الصيغة ما ورد في المادة (٤١) من قانون الأحوال الشخصية القائم

من أن (١- لكل من الزوجين طلب التفريق عند قيام خلاف بينهما سواء كان ذلك

قبل الدخول أو بعده. ٢- على المحكمة اجراء تحقيق في أسباب الخلاف بينهما فأما

ثبت لها وجوده تعين حكماً من أهل الزوجة وحكماً من أهل الزوج....)^(٣).

هذه الالتزامات ليست على سبيل الحصر بل هناك التزامات أخرى لا مجال لاستعراضها

لكل ما يفرضه عليه الدستور أو القانون أو أي مصدر آخر يجب عليه القيام به وفاء

لالتزامه.

^(١) رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ المادة (٤٧) التي نصها (لا تقام الدعوى الجزائية على من لم يكن وقت ارتكاب الجريمة قد اتم التاسعة من عمره)

^(٢) وكان سن التمييز لإكمال السابعة من العمر بموجب المادة (٩٧ - ٢) من قانون المدني العراقي

رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ التي نصها (سن التمييز سبع سنوات كاملة)

^(٣) ينظر مؤلفنا المنطق للقانوني في التصورات ص ٣٩ وما يليها

المبحث الثاني حقوق القاضي

ذكرنا سابقا ان كل إلتزام يقابله حق يكون موضوعا لهذا الإلتزام. وقد خلط علماء القانون بين محل الإلتزام وهو الاداء، وموضوعه فجعلوا موضوع الإلتزام عللاً له رغم ان محل الإلتزام هو الاداء، سلباً أو ايجاباً لأن الإلتزام من الأحكام التكليفية وهي لا تتعلق بالاعيان وانما تتعلق بالافعال وحقوق كل شخص يجب أن تكون معادلة لالتزاماته كما وكيفاً.

فالمساواة عبارة عن التوازن بين الحقوق والالتزامات فمن يتمتع بحقوق أكثر من إلتزاماته يكون ظالماً وغاصبا لحقوق شعبه في حدود الزيادة، كما أن من كلف بالتزامات أكثر من حقوقه يكون مغبوناً ومظلوماً من قبل شعبه ومجتمعه. ومن أهم حقوق القاضي ما يأتي: -

١. حماية حياته وحياة أسرته داخل المحكمة وخارجها لأن القاضي بحكم طبيعته وظيفته معرض لمخطر الاعتداء عليه أكثر من أي موظف آخر في الدولة.
٢. تأمين عيش كريم له ولأسرته بحيث يتلاءم مع مركزه ومنصبه الذي هو من أخطر المناصب والواجبات في العالم، ثم إن نزاهة القاضي في مقدمة صفاته التي تؤهله للنهوض بمهمة القضاء ومن مستلزمات النزاهة توفير جميع حاجياته المعاشية ومتطلباته الحياتية.
٣. تأمين صحته وصحة أسرته ومعالجتهم داخل البلد وخارجه على نفقة الدولة.
٤. أن يقر الدستور أو القانون له بحق حرته في التعبير وممارسة وظيفته متى إلتزم بالشروط القانونية لما يصدر عنه.
٥. أن يكون له حرية الاجتهاد في تفسير النصوص الغامضة وتأويلها كلما دعت العدالة الى هذا التأويل.

وجدير بالذكر أن للقاضي بل عليه الاجتهاد في حالتين: -
احدهما: حالة غياب النص في القضايا غير الجزائية.

والثاني: كون النص هلئى الدلالة بأن ىتمثل أكثر من معنى واحد أو حكم ففى هذى الحالة ىبب عىله الاجتهاد لتحديد الحكم العادل من بىن الاحكام المحتملة.

٦. أن ىقر له الدستور أو القانون بالاستقلالية التامة وعدم تدخلى السلطة التنفيذية فى شؤونها القضائية وعدم تدخلى السلطة التشريعية فى اجراءتها القضائية مالم ىرتكب خطأ.

٧. أن ىتمتع بالسلطة التقديرية غير المحاضمة لسلطة قضائية عىلىا مالم ىرتكب خطأ قانونىا فى القضايا المحاضمة لسلطته التقديرية.

٨. أن تمنح للمرأة كالرجل حق ممارسة القضاء وبوجه خاص فى القضايا الاسرية ومساائل الاحوال الشخصية لأنها أدرى بمشاكل العائلة وأقدر فى التصرف بما هو من صالح الاسرة والمجتمع.

وجدير بالذكر أن الله تعالى أعطى المرأة حق ممارسة كافة الوظائف فى الدولة إذا كانت متمتعة بمؤهلات تؤهلها للوظيفة التى تتولى ممارستها.

قال تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾^(١).

ومن البدهى أن وظيفة الموظف العام فى الدولة أو للمكلف بخدمة عامة هى الأمر بالمعروف أى بما فيه خير الفرد أو المجتمع أو كليهما، والنهى عن المنكر هو منع كل ما يضر بالفرد أو المجتمع أو كليهما.

ومن الواضح أن الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة لا ىعمل سوى ما ذكر.

وصيغة (المؤمنات) جمع مؤنث سالم على ب(ال) الاستفراق يفيد العموم ويشمل هذى العموم كل من هو أهل للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر.

لكن الرسول (ﷺ) أستثنى من هذى العموم منصب رئاسة الدولة^(٢)، لكن إذا كانت المرأة أصلى للناس من الرجل فتقدم عىله وعلى سبىل المثل رأى العلامة ابو الأعلى المودودى الباكستاني الفقيه الكبير أن انتخاب فاطمة جناح اقل ضررا من انتخاب ايوب خان^(٣)، لأن هذى المنصب بحكم طبيعته ىتطلب الاجتماعات السرية مع الاجانب

(١) سورة التوبة / ٧١

(٢) فقال لن ىطلع قوم ولوا امرهم امرأة

(٣) ينظر الدكتور يوسف القرضاوى اولويات الحركة الاسلامية فى المرحلة القادمة. /ص٢٩.

وغيرهم وهي تتنافى مع صفة الانوثة للمرأة فالمنع ليس لنقص أهلية المرأة أو عدم إستحقاقها لهذا المنصب وإنما هو لسد الفراغ أي منع ماهر مشروع إذا كان ممن شأنه أن يؤدي الى نتيجة غير مشروعة.

٩. أن يستع القاضي سنويا بالاجازات الاعتيادية لأخذ الراحة الكافية لاستعادة نشاطه وحيوته.

١٠. منحه اجازات دراسية في الدراسات العليا (الماجستير والدكتوراه) وفي الدراسات التخصصية في حقل إختصاصه مع اعتبار الاجازة خدمة قضائية وبراتب تام مع منع القدم له إذا اجتاز إحدى تلك المراحل بنجاح.

١١. ترقيته الى درجة أعلى كلما توافرت فيه شروط هذه الترقية وعدم تحديد سن معينة له للاحالة الى التقاعد لأن القاضي كلما زادت ممارسته للقضاء إزدادت خبرته والحرية من أهم الصفات التي تدر بالخير على الفرد والمجتمع.
وأرى أن يكون هذا المقترح إذا قبل وعمل به أن يشمل أساتذة الجامعات أيضا لنفس السبب.

١٢. تخصيص مجمع متقدم متطور يكون خاصا بالقضاء لتقليل اختلاطهم بالغير حفاظا على شخصيتهم ومركزهم وإستبعادا لتأثرهم بالوساطات وبالتالي منعهم لانحيازهم على حساب العدالة والمساواة.

١٣. توفير الاجهزة الحديثة له في المحكمة وفي بيته للاتصال الدائم بالعالم الخارجي والاطلاع على الاجراءات القضائية الخارجية الحديثة والوسائل المتطورة لارتكاب الجرائم.

١٤. إمتيازهم بألبسة خاصة تختلف عن البسة عامة الناس للحفاظ على هيبتهم وشخصيتهم.

وبفضل أن يكون للقاضي نوعان من الالبسة الخاصة نوع يستعملها أثناء وجوده في المحكمة والنوع الاخر يكون للمناسبات خارج المحكمة.



الفصل الثالث

طرق الاستنباط والتكييف

توزع دراسة عنوان هذا الفصل على مبحثين
يتناول أولهما طرق استنباط الأحكام والثاني
تكييف التصرفات القانونية والوقائع القانونية
التي ينظر فيها قاضي الموضوع.



المبحث الأول

طرق استنباط الاحكام القضائية من النصوص

لاجل تحقيق العدالة وتأكيدها المساواة بين أفراد المجتمع أعطت العلوم العقلية والفكرية الآلية (أصول الفقه والمنطق والفلسفة واللغة) للقاضي مساحة واسعة لاستنباط الاحكام في القضايا التي ينظر فيها سواء كانت جزائية أو مدنية على أساس العلة الغائية للنصوص ومطابقة ألفاظها وتعاييرها.

ويمكن إرجاع إستقاء الاحكام من ينابيعها الى القنوات الست الآتية: -

القناة الاولى: - المنطوق الصريح:

وهو ما تدل عليه ألفاظه وعباراته دلالة مطابقة أو تضمنية كما في المادة (٤٠٥) من قانون العقوبات العراقي القائم^(١) على أنه: (من قتل نفساً عمداً يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت) فهي تدل بالآلفاظ وعباراتها على منطوق صريح وهو أن جزاء القتل العمد العمدان البسيط أي غير مقتن لا بطرف مشدد ولا بطرف مخفف هو السجن المؤبد أو المؤقت يختار القاضي إحدى العقوبتين حسب ما يراه في ضوء رعاية المصلحة العامة ومصلحة المتهم فدلالة هذا النص على مجموع العقوبتين مطابقة وعلى كل واحدة منهما ضمن المجموع تضمنية.

وكما في المادة (٧٢٩) من القانون المدني العراقي القائم^(٢) التي تنص بمنطوقها الصريح على أن (خيار الشرط لا يبرئ فإذا مات المخير سقط خياره).

فالحكم المنطوق به صراحة في هذه المادة هو أن خيار الشرط في عقد الإيجار لا ينتقل الى الورثة سواء كان الخيار للمؤجر أو المستأجر أو كليهما.

(١) رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩

(٢) رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

القناة الثانية: - إلتقاء النص:

صفاده أن النص المنوي تطبيقه في الموضوع فيه نقص تركه المشرع إما خطأ أو جهلاً أو لكونه واضحاً يمكن تدراكه بسهولة من قبل القاضي.

وفي جميع الاحوال على قاضي الموضوع الذي يروم تحقيق العدالة أن ينهض باكمال هذا النقص وضم ضمنية اليه لا كماله وجدير بالذكر أن ظاهرة النقص كما تحدث في النصوص القانونية قد توجد في القواعد القانونية ومن تطبيقات هذه القناة مايلي:

أ- المادة (٢) من القانون المدني العراقي القائم (لاصاغ للاجتهاد في مسود النص) أي في نص تكون دلالة على الحكم قطعية ومن أمثلة ذلك المادة (١٦٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية القائم^(١)، التي تدل دلالة قطعية على أنه (يجب أن تنصب الشهادة على الوقائع التي يستطيع الشاهد إدراكها بإحدى حواسه) لأن الشهادة مأخوذة من المشاهدة بمعنى العلم لا بمعنى الرؤية.

أما اذا كان النص ظني الدلالة بأن يحتمل أكثر من معنى أو حكم واحد فيجب على القاضي أن يمتدح حتى يختار المعنى الملائم للعدالة وعلى سبيل المثال قال تعالى في القرآن الكريم: ﴿إِنْ أَمْرُهُ هَلَكًا لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾^(٢).

فالولد في لغة العرب يشمل الذكر والانثى وفي عرف العرب خاص بالذكر فدلالة الآية على أحد المعنيين دون الآخر ظنية لاحتمال أن يكون المقصود هو المعنى الآخر.

لذا اجتهد الفقهاء في تحديد المعنى المراد من هذه الآية فذهب فقهاء أهل السنة الى أن المقصود منه هو المعنى العرفي (الذكر). بينما ذهب فقهاء الشيعة الامامية الى أن المراد هو المعنى اللغوي الشامل للذكر والانثى.

وترتب على هذا الاختلاف أن من توفي عن بنت وأخت لا تترك أخته عند الشيعة الامامية وتترك الباقي عند فقهاء أهل السنة.

ب- المادة (٩٥) من قانون رعاية القاصرين العراقي القائم^(٣):

التي تنص على انه (يعتبر يوم صدور الحكم بموت المفقود تاريخاً لوفاته).

(١) رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١

(٢) سورة النساء / ١٧٦

(٣) رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ المعدل

فالمعالة تقتضي أن يقوم القاضي حين التطبيق بأضافة الجملة الآتية الى هذه المادة (مالم يستند الحكم الى تاريخ سابق) والا فيؤخذ بهذا التاريخ السابق لتحديد يوم وفاته.

ج- وكالمادة (٨٧٥) من مشروع القانون المدني العراقي الذي لم ير النور لحد الآن (للموكل في أي وقت أن يعزل وكيله أو يقيد وكالته وللوكيل أن يتنحى عن الوكالة) وهذه المادة تقتضي أن تضاف إليها العبارة الآتية (مالم يتعلق بها حق للغير).

أما إذا تعلق بها حق للغير كتعلق حق الدائن المرتهن في بيع المرهون متى لم يحصل على دينه وكان هنالك وكيل للمدين الراهن وهو خارج العراق ففي هذه الحالة لا يستطيع أن يعزل الوكيل لتعلق حق الدائن المرتهن بالمال المرهون.

د- قاعدة (التركة الأبعد سداد الدين) فهذه القاعدة بوضعها الحالي مرفوضة لعدم صحتها ولاعتبارها صحيحة تقتضي أن تعدل كالآتي: (الانفاذ لتصرف الورثة في التركة المدينة الأبعد سداد الدين)^(١١) لان التركة المدينة بمثابة الرهن لضمان دين الدائن فالتوفى بعد خراب ذمته بالوفاة يتعلق دينه بتركته ورغم ذلك تنتقل التركة الى ورثته^(١٢).

هـ- قاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان)^(١٣) فهذه القاعدة تقتضي أن تضاف إليها كلمة (الأصلي) أي الجواز الشرعي الأصلي ينافي الضمان وعلى سبيل المثال من حفر بئرا في حديقته أو بستانه فوقع فيه شيء فتلف لا يكون ضامنا لأن الحفر عمل مباح ولا يترتب على المباح الضمان.

و- قاعدة (الجواز الشرعي لا ينافي الضمان) أي الجواز الشرعي الاستثنائي فيجب ضم قيد (الاستثنائي) الى هذه القاعدة فمن أكل مال الغير بدون إذنه تحت ضغط الجوع الذي يعرض حياته أو سلامته للخطر لايسأل مسؤولية جزائية ولا يعاقب ولكن يبقى

(١١) أو بعد انقضاء الدائن

(١٢) يقول الشيخ معروف النومي الكوردي في كتابه (قطر المعارض):

والدين لا يمنع من أن يملكا ورثة الميت ما قد تركا

لكن به علق كالمرهون لانه احوط للمدفون

فلم يكن تصرف فيه نفذ من ورثته انما الغريم مأخوذ.

(١٣) المادة (٩١) من مجلة الاحكام العدلية

ضامنا لما أكله بدون الأذن فإذا طالب صاحبه بالتعويض فيجب عليه دفعه له
للقاعدة (الاضطرار لا يبطل حق الضعيف)^(١١) أي حق الضعيف بمطالبة التعويض.
أما قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات) فهي خطأ شائع لا يفتقر فالضرورات في أموال
الناس لا تبيحها وإنما تميزها فيجب تعديل القاعدة كالآتي (الضرورات تميز المحظورات)
لأن الإباحة تتعارض مع المسؤولية المدنية كالمسؤولية الجزائية.

القناة الثالثة: إشارة النص:

مضمون إشارة النص هو أن يدل دلالة الالتزام على حكم مشار إليه فيه كما في المادة
(١/٣٧٨) من قانون العقوبات العراقي القائم التي تنص بمنطوقها الصريح على أنه
(لا يجوز تحريك دعوى الزنى ضد أي من الزوجين لولا اتخاذ أي إجراء فيها إلا بناء على شكوى
الزوج الآخر) وتطابقها المادة (١/٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي القائم.
وتدل بمنطوقها غير الصريح دلالة إشارة على أن جريمة زنى أحد الزوجين إعتداء على
حق خاص للزوج الآخر فله التنازل حتى بعد صدور الحكم.

خلافًا للشرعة الاسلامية التي تعتبر الزنى مطلقاً جريمة سواء كانت العملية من
للتزوجين أو من غيرهما قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّانِيَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾^(١٢) ولكل
إنسان بالغ عاقل مختار أن يحرك الدعوى ضد الزاني والزانية سواء كانا متزوجين أو لا،
لأنه من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.^(١٣) غير أن الرسول (ﷺ) أمر بالستر في
الجرائم الاخلاقية فقال: (من ستر على أخيه ستر الله عليه يوم القيامة)، والأخ يشمل الأخت
ايضاً. ثم ان القرآن أقر ثلاث عقوبات لكل من يتهم شخصاً (ذكر أو أنثى) بتهمة أخلاقية،
إذا لم يشهدا ب أربعة شهداء، فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ^(١٤) ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا
بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ، إِلَّا
الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^(١٥).

(١١) المادة (٣٣) المجلة

(١٢) سورة الاسراء / ٣٢

(١٣) ولأنه اعتداء على حق المجتمع أي على قيمه وأخلاقه بصورة عامة

(١٤) أي الشريقات

(١٥) سورة النور / ٤

وفلسفة هذه العقوبات الثلاث هي قطع اللسان من التناول على أعراض الناس^(١).

القناة الرابعة: - إيماء النص:

أي دلالة بمنطوقه غير الصريح على أن الحكم الوارد فيه معلل بعلة يدور معها وجودا وعدمها فإذا تحققت على القاضي أن يحكم بالمنطوق وإذا تخلفت لا يحكم به. ومن تطبيقاته المادة (٢٨٧) من قانون الأصول المحاكمات الجزائية العراقي القائم التي نصها (إذا وجدت المحكوم عليها بالاعدام حاملا عند ورود الأمر بالتنفيذ فعلى إدارة السجن إخبار رئيس الادعاء العام ليقدم مطالعته الى وزير العدل بتأجيل تنفيذ الحكم أو تخفيفه ويقوم وزير العدل برفع هذه المطالبة الى رئيس الجمهورية وإذا كان الأمر المحدد يقضي بتنفيذ عقوبة الاعدام فلا تنفذ إلا بعد مضي أربعة أشهر من تاريخ وضع حملها سواء وضعت قبل ورود هذا الأمر أو بعده وهذا النص يدل دلالة إيماء بمنطوقه غير الصريح على أن علة تأجيل الحكم هي حماية حياة الطفل وإذا ثبت بالطرق العلمية الحديثة أن الحمل غير موجود أو أن الجنين ميت في بطن أمه لا يوجب التنفيذ وكذا إذا مات الطفل بعد الولادة وقبل إنتهاء أربعة أشهر.

القناة الخامسة: المفهوم الموافق للنص:

بأن يكون حكم المسكوت عنه موافقا لحكم المنطوق به لاتحاد الحكمين في العلة ومن تطبيقات هذه الصورة: -

١- المادة (٢٣٧) من قانون العقوبات المصري التي تدل بمنطوقها الصريح على أن (من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال ومن يزنى بها يعاقب بالحبس). وتدل بمفهومها الموافق على أنه إذا أصابها بعامة مستدمة أو بضرب مفض الى الموت يعاقب بالحبس من باب أولى لاشتراك المنطوق به والمسكوت عنه في علة تخفيف الحكم

^(١) عقوبة الجلد هي عقوبة مشتركة بين الحق العام والحق الخاص (أي حق المقدوف) فلا اثر للثوبة في إسقاطها بخلاف العقوبة لثانية (عدم قبول الشهادة) ولثالثة (وصمة عار الفسق) فانهما يسقطان بالثوبة والاصلاح خلافا للحنفية حيث ذهبوا الى ان الاستثناء يعدد الى العقوبة الاخيرة فقط بناء على قاعدة (ان التقيد اذا دار بين القريب والبعيد يرجع الى القريب ما لم تدل قرينة على خلاف ذلك) ولان الاستثناء للضرورة والضرورات تقدر بقدرها فيكفي لرفع هذه الضرورة رجوع القيد الى العقوبة الثالثة (وصمة عار الفسق)

أي الحبس وهي عبارة عن ذلك الظرف والمنظر البشع الذي فأجأه الزوج وأثر على أعصابه وإرادته.

وحسنا فعل المشرع العراقي في إدراج حالتين الحالتين ضمن المنطوق الصريح حيث نصت المادة (٤٠٩) من قانون العقوبات القائم على أنه (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات من فأجأ زوجته أو إحدى محارمه في حالة تلبسها بالزنا أو وجودها في فراش واحد مع شريكها فقتلها في الحال أو قتل أحدهما أو أعتدى عليهما أو على أحدهما اعتداءً أفضى إلى الموت أو إلى عاهة مستديمة).

ب - حرم القرآن بالمنطوق الصريح تأنيف الاولاد بآباء بقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفْ وَلَا تَنْهَرُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا﴾^(١). وبالمفهوم الموافق حرم الضرب ونحوه من باب أولى. ويمكن أن يقال ذكر القرآن تعبير (أف) وأراه به جميع الإيذاءات فهو من باب ذكر الخاص وإرادة العام.

ج - حرم القرآن بالمنطوق الصريح كنز الذهب والفضة وعدم استثمارهما في التنبية الاقتصادية والاجتماعية وعدم إنفاقهما في المصالح الخاصة والعامة في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يَنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾^(٢).

فحرم بالمنطوق الصريح كنز الذهب والفضة وبالمفهوم الموافق حرم كل عجلة معدنية لورقية حلت محل الذهب والفضة في التعامل والتداول بين الناس.

الثلاثة السادسة: المفهوم للمخالف:

يكون الحكم المفهوم المخالف مخالفاً لحكم المنطوق الصريح كلما تحلف القيد الوارد النص المعتبر في حكم المنطوق به صراحة لأن هذا القيد بمثابة شرط لتطبيقه، فالمشروط ينتفي بانتفاء شرطه ومن تطبيقات هذه الحالة:

- أ. المادة (٣٩) من قانون العقوبات العراقي القائم تنص بمنطوقها الصريح على أنه (لاجرمة إذا وقع الفعل قياماً بواجب يفرضه القانون)
- فقيد (قيام بواجب يفرضه القانون) معتبر في تجريد الفعل الجرمي من صفته الجرمية وتحويله إلى عمل مباح إذا كان القيام بفعل جرمي أداء واجب يفرضه القانون.

(١) سورة الاسراء / ٢٣

(٢) سورة التوبة / ٣٤

ومفهومها المخالف أن الفعل لا يتحول الى المباح بل يحتفظ بصفته الجرمية اذا لم يكن قياما بواجب يفرضه القانون ولم يكن هناك سبب آخر من أسباب الاباحة.
ويشترط لتطبيق المنطوق الصريح لهذه المادة توفر الشروط الآتية: -

١- أن يكون العمل صادرا عن ينطبق عليه صفة الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة.

٢- أن يكون العمل تنفيذا لما يأمر به القانون.

٣- أن يتمتع المنفذ بسلطة تقديرية.

٤- أن يكون هناك سبب يبرر استعمال السلطة التقديرية.

٥- أن يكون العمل مطابقا للقانون من حيث الشكل والموضوع.

٦- أن يقصد الموظف في عمله تحقيق غاية يستمد منها القانون في تفويل السلطة.

فإذا تخلف شرط من هذه الشروط على القاضي أن لا يعتبر العمل مباحا بل يبقى محتفظا بصفته الجرمية التي عبارة عن مفهوم مخالفة النص المذكور.

ب. ومن تطبيقات القناء السادسة ايضا المادة (١٢٩/١) من القانون المدني العراقي القائم التي نصها (يجوز ان يكون عمل الالتزام معدوما وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعيينا نافيا للجهالة والفرد)

فالمنطوق الصريح لهذه الفقرة هو (جواز بيع المعدوم) إذا توفر القيدان الواردان فيها فإذا تخلف احدهما أو كلاهما على القاض أن يطبق المفهوم المخالف للمنطوق وهو (عدم جواز بيع للمعدوم) وبالتالي بطلان العقد.

ويلاحظ أن المشرع العراقي خلط بين محل العقد ومحل الالتزام فالصواب أن يقال (اذا كان محل العقد معدوما وقت التعاقد لان محل الالتزام دائما يكون عملا من أعمال الانسان وهو موضوع الالتزام وليس عملا ومن أخطاء القانون المدني العراقي ايضا ما جاء في الفقرة الاولى من المادة الاولى منه التي نصها (١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها).

فهذه المادة أعطت للقاضي قناتين فقط لاستقاء الاحكام لأن تعبير (في لفظها) لا يشمل الا المنطوق الصريح وتعبير (في فحواها) لا يشمل الامفهوم المواقفة. ووقع المشرع في نفس الخطأ في الفقرة الاولى من المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل القائم.

كما وقع نفس الخطأ في الفقرة الأولى من المادة الأولى من كل من القانون العقوبات المصري القائم^(١) والقانون المدني المصري القائم^(٢). خطأ المشرع العراقي حصل تقليداً للمشرع المصري بالإضافة إلى أن رئيس لجنة وضع مشروع القانون المدني العراقي الحالي كان المرحوم السنهوري.

(١) رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧

(٢) رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨

المبحث الثاني

تكييف التصرفات والوقائع

تكييف التصرفات القانونية والوقائع القانونية يأتي في مقدمة الصعوبات القانونية والاجرائية التي يواجهها القاضي كما أنه من الضروريات التي لا يمكن إهمالها لتوقف فكرتي العدالة والمساواة على هذا التكييف من جهة ومن جهة أخرى أن القاضي لا يستطيع أن يحدد النص الواجب التطبيق في القضية التي ينظر فيها ما لم يحدد مقدما الصفة القانونية للموضوع سواء كان تصرفا قانونيا أو واقعة قانونية.

ولقد الآن لم أطلع في القوانين وشروحها على معيار موضوعي للتمييز بين التصرف والواقعة بل نجد تعريفات ومعايير للتمييز وهي مرفوضة في المنطق القانوني. والتعريف المعروف المشهور للتصرف القانوني هو أنه (إتجاه الإرادة نحو إحداث أثر يعتد به القانون).

وهذا التعريف غير صحيح وغير منطقي للأوجه التالية: -

أ- إتجاه الإرادة يعني تعلق الإرادة والتصرف عبارة عن المتعلق والفرق بين المتعلق والمتعلق واضح وضح الشمس في نصف النهار.

ب- التصرف مطلقا من صنع قدرة الانسان دون إرادته لان كل عمل إختياري يقدم عليه الانسان يتعلق به إدراكه أولا ثم إرادته ثم قدرته، فالقدرة تابعة للإرادة والإرادة تابعة للأدراك فاعمال الانسان التي تصدر عنه من خلق قدرته دون إرادته.

ج- التصرفات سواء كانت قانونية أو غيرهما تشمل الأقوال والافعال وفي حصرها في الأقوال مخالفة للغة وعرف العرب وكذلك حصرها في التصرفات القولية مخالف للمواقع.

د- حصر التصرفات القولية في العقد والإرادة المنفردة رغم عموميتها وشموليتها لهما ولغيرهما أيضا مرفوض في المنطق القانوني وبناء على ذلك أقترح أن يعرف التصرف

القانوني والواقعة القانونية بالآتي (التصرف القانوني كل ما يصدر عن انسان مميز عاقل مختار من شأنه ان يرتب عليه القانون اثرا قانونيا).

وبناء على هذا التعريف يجب أن يتوفر في كل حدث يحد تصرفا قانونيا العناصر التالية:

- ١- أن يكون الحدث صادرا عن الانسان وكل ما يصدر عن الحيوان أو الطبيعة واقعة.
- ٢- أن يكون من انسان مميز لكل ما يصدر عن الصبي غير المميز واقعة.
- ٣- أن يكون من انسان عاقل لكل ما يصدر عن المجنون واقعة.
- ٤- أن يكون من إنسان مختار لكل ما يصدر عن المضطر أو المكره واقعة.
- ٥- أن يكون واعيا لكل ما يصدر عن السكران و النائم والمفسى عليه والمخرف ونحو ذلك واقعة.

٦- أن يكون من شأنه ان يرتب عليه القانون اثرا قانونيا فالاعمال والاقوال الاعتيادية التي تصدر عن الانسان بارادته المنفردة أو بتعاون إرادتهن فأكثر حين إحتكاك الناس بعضهم ببعض ولا يرتب عليها القانون أثارا قانونية لاتندرج تحت التصرفات القانونية والوقائع القانونية.

تطبيقات التكييف:

تكييف كل ما يكون مشمولا بالتصرف القانوني أو الواقعة القانونية هو إعطائه صفة القانونية لاختصاصه لمادة معينة شرعت لأجل تطبيقها عليه وعلى نظائره.

ويعتبر آخر تطويعه لاختصاصه لنص قانوني معين. وتتناول هذا الموضوع باستعراض نماذج في القضايا المدنية والجزائية.

أولاً: من تطبيقات التكييف في القضايا المدنية تكييف العقد:

والعقد عرفته المادة (٧٣) من قانون المدني العراقي القائم بأنه (ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدین بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه).

ويلاحظ على هذا التعريف أنه ناقص فكان المفروض أن تكون نهاية التعريف كآلاتي (على وجه يثبت أثره في المعقود عليه والعاقد) لأن آثار العقد إما حقوق فهي تكون في المعقود عليه أو التزامات وهي تكون على العاقد، ففي عقد البيع مثلاً الأثر في المعقود

عليه (المبيع، الثمن) إنتقال ملكية المبيع الى المشتري و ملكية الثمن الى البائع، والتزامات العاقلين (التسليم والاداء) (تسليم المبيع، واداء الثمن).

ويمكن تقسيم تكيف العقد الى ثلاثة أقسام: -

القسم الاول: - التقسيم الثلاثي من حيث التكيف الى العقد الصحيح والباطل والقابل للإبطال وهو تقسيم الفقه الغربي وقد تأثر به بعض القوانين العربية المدنية كالمصري^(١) والسوري^(٢) واللبناني^(٣) والكويتي^(٤).

١. العقد الذي تتوافر جميع أركانه وشروطه ويكون سالماً من عيوب الإرادة^(٥) يكيّف بأنه عقد صحيح ويضع للنصوص القانونية التي تعالج عناصره وأحكامه.

٢. العقد الذي يتخلف فيه ركن من أركانه أو شرط من شروط إنعقاده أو كان معيب المحل أو السبب يكيّف بأنه عقد باطل يوضع للنصوص التي تتولى معالجة ما يترتب عليه من الأحكام.

٣. العقد الذي تتوافر أركانه وشروطه ولكن يمتثل فيه ركن الرضا يكيّف بأنه عقد قابل للإبطال أي لمن تقررت له قابلية الإبطال إلغائه.

وجدير بالذكر أن القابل للإبطال في الفقه الغربي يشمل كلا من العقد الموقوف والعقد النافذ غير اللازم في بعض القوانين المدنية المتأثرة بالفقه الاسلامي كالقانون المدني العراقي^(٦) و الاردني^(٧) واليمني^(٨).

القسم الثاني: □ التقسيم الرباعي من حيث التكيف وهو ما تبناه جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية وأخذ به بعض القوانين كالقانون المدني العراقي^(٩).

(١) رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨

(٢) رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩

(٣) الصادر في آذار ١٩٣٢

(٤) رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠

(٥) وهي الاكراه والتفويض والغلط والاستغلال

(٦) رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٧) رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦

(٨) رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢.

(٩) رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

١. العقد الذي ينفذ صحيحا ولكن لا تترتب عليه الاثار من الحقوق والالتزامات الابعد إجازته من له حق الاجازة يكيّف بأنه عقد صحيح موقوف كمقد الفضولي وعقد ناقص الاهلية^(١).

٢. العقد الذي تتوافر فيه شروط الانعقاد ويكون معرضا للفسخ من كل من العاقلين كمقد الاعارة وعقد الوكالة لويكون قابلا للفسخ من أحد العاقلين دون الاخر بإرادته المنفردة كمقد الكفالة يحق للمكفول له فسخه دون الكفيل وعقد الرهن للدائن المرتهن حق فسخه دون المدين الراهن يكيّف بأنه عقد صحيح نافذ (تترتب عليه الاثار) غير لازم (قابل للفسخ) ويضطلع للنصوص القانونية التي تتناول عناصره وأحكامه.

٣. العقد الذي تتوافر فيه شروط الانعقاد والصحة والنفاذ واللزوم يكيّف بأنه عقد صحيح نافذ لازم (غير قابل للفسخ بالإرادة المنفردة) ويضطلع للنصوص التي خصصت لعناصره وأحكامه.

٤. كل عقد تخلف فيه ركن من أركانه أو شرط من شروط إنعقاده يكيّف بأنه باطل يضطلع للنصوص القانونية التي هاجتته.

القسم الثالث: - التقسيم الحماسي وهو عبارة عن التقسيم الرباعي المذكور أنفا
بالإضافة إلى قسم خامس ابتكره بعض فقهاء الاسلام (كالحنفية) وأخذ به المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية القائم^(٢)، والمصري الاردني القائم^(٣)، والمصري اليمني القائم^(٤).

وهذا القسم هو أن كل عقد إذا كان مشروعاً بأصله وغير مشروع برفعه يكيّف بأنه فاسد.

(١) من أسباب توقف للعقد عدم الاهلية الكافية لممارسة التصرف كمقد ناقص الاهلية أو عدم الولاية على محل العقد كمقد الفضولي (بيع مال الغير أو الشراء له بدون نيابة) أو تعلق حق الغير كالوصية في الزيادة من الثلث موقوفة على إجازة الورثة بدون وفاة المورث.

(٢) المادة (٦) والمادة (٢٢) منه

(٣) رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦

(٤) رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢

فساد العقد عند من يفرق بينه وبين الباطل يكون للأسباب الآتية: -

١. التفريق بين الاختيار والرضا فالاول مباشرة السبب والثاني الرغبة في ترتب الآثار على السبب. فهما ركنان معنويان إذا تحققا معا يكون العقد صحيحا وإذا تخلفا معا يكون العقد باطلاً، وإذا تحقق الاختيار دون الرضا يكتيف بانه فاسد، ولا يتصور وجود الرضا بدون الاختيار.
٢. التفريق بين النهي عن الشيء، لذاته والنهي عنه لوصفه فالاول يكتيف بالباطل كبيع المخدرات والثاني يكتيف بالفساد كالعقد الربوي.
٣. التفريق بين أصل العقد ووصفه فإذا تخلف الأصل يكتيف العقد بالباطل، وإذا تخلف الوصف يكتيف بانه فاسد.

أ- أصل العقد ووصفه:

أصل العقد عبارة عن الشروط الآتية:

- ١- مطابقة الإيجاب والقبول.
- ٢- اتحاد مجلس الإيجاب والقبول
- ٣- التمييز في المعارضات والعقل في التبرعات.
- ٤- تعدد العاقد حقيقة أو حكماً^(١).
- ٥- كون المحل معيناً لوقايلاً للتعين.
- ٦- كون المحل قابلاً للتعامل
- ٧- كون المحل قابلاً للتسليم.

ب- وصف العقد:

الشروط الثلاثة الأولى المذكورة لا تحتاج الى وصف مكمل بخلاف الأربعة الباقية فهي تحتاج الى وصف مكمل كالآتي: -

١. التمييز أو العقل الذي يتركز عليه عنصر الرضا يحتاج الى وصف مكمل وهو خلوه من الإكراه فعقد المكره فاسد.
٢. كون محل العقد معيناً لوقايلاً للتعين يحتاج الى وصف مكمل وهو خلوه من الغرر.

^(١) كأن يشتري من وكل ببيع مال لنفسه بعد إذن الموكل.

٣. كون المحل قابلاً للتعامل يحتاج الى وصفين مكملين وهما خلوه من الربا فالعقد الربوي فاسد وخلوه من الشرط الفاسد. فالعقد المقترب بالشرط الفاسد بأن يكون مخالفاً لمقتضى العقد يكون فاسداً

٤. كونه قابلاً للتسليم يحتاج الى وصف مكمل وهو خلوه من الضرر حين التسليم فكل تسليم يترتب عليه الضرر يكون فاسداً.

والفاسد والباطل مترادفان عند جمهور فقهاء الشريعة وبه أخذ المشرع العراقي في القانون المدني القائم لكن أخذ بالتقسيم المحاسبي في قانون الاحوال الشخصية كما ذكرنا.

وعلى ابو حنيفة (رحمه الله) فلسفة التفرقة بين الفاسد والباطل بأنه لو اعتبر العقد المشروع بأصله وغير المشروع بوصفه صحيحاً للزمت التسوية بينه وبين المشروع بأصله ووصفه وهذا يباه العقل السليم والمنطق ولو اعتبر باطلاً للزمت التسوية بينه وبين غير المشروع بأصله ووصفه وهذا أيضاً خلاف العقل والمنطق.

ثمة التمييز بين الباطل والفاسد:

١. في المعاملات المالية: اذا أزيل سبب الفساد في العقد الفاسد يتحول تلقائياً الى صحيح وعلى سبيل المثل في العقد الربوي اذا تنازل المرابي عن الفائدة يتحول الى صحيح.

وفي عقد المكره اذا اجاز بعد زوال اثر الاكراه يتحول الى صحيح.
بخلاف الباطل فأذا أزيل سبب البطلان لا يتحول الى صحيح بل يجب إستئنافه من جديد بمزول عن سبب البطلان.

٢. في الاحوال الشخصية: الدخول في الزواج الباطل يعتبر جريمة الزنى بالنسبة لمن يعلم بالبطلان من الزاني والزانية بخلاف الدخول في الزواج الفاسد فانه تترتب عليه الاثار الشرعية الآتية:

- أ. نسب الولد الناتج من هذا اللقاء الجنسي يكون مشروعاً فلا فرق بينه وبين النسب في الزواج الشرعي الصحيح من حيث الحقوق والالتزامات.
- ب. تثبت قرابة المصاهرة بين أصول وفروع الداخل والمدخل بها.
- ج. تجب العدة على المدخول بها.

د. يجب للمدخل بها مهر المثل تعويضاً عن الضرر الأدبي (المعنوي) الحاصل من الدخول.

هـ. تسقط عقوبة الزنى من كل من الداخل والمدخل بها رغم علمهما بفساد العقد وذلك لوجود شبهة الحلال فيه بسبب قيام الزواج صورة.
٣. في العبادات:

من نذر على نفسه أن يصوم يوماً بدون تحديده فصام يوم العيد تسقط مسؤولية الصائم ولا يكلف بالصيام في يوم آخر خلافاً لمن لا يفرق بين الفاسد والباطل حيث يرى أن التكليف لا يسقط بالصيام في يوم العيد.
وجدير بالذكر أن المرحوم السنهوري قال في كتابه مصادر الحق وقد أثنى فقهاء القانون على صنيح أبي حنيفة في تمييزه بين الباطل والفاسد لأنه أنقذ كثرًا من المعاملات المالية من الانهيار.

ثانياً: من تطبيقات التكليف في المسائل الجزائية:

من تطبيقات تكليف المسائل الجزائية تكليف الجرائم الماسة بحياة الأشخاص وسلامة أجسادهم.

الجريمة: - كل مظهر من شأنه أن يعاقب عليه يكتف بأنه جريمة.

الأركان العامة المشتركة بين الجرائم:

كل ما يتوقف عليه الشيء ويكون جزءاً من ماهيته يكتف بأنه ركن.

والأركان العامة المشتركة بين الجرائم ثلاثة: - الركن الشرعي والركن المادي والركن المعنوي.

الركن الشرعي: كل صفة غير مشروعة خاضعة لنص تجرمي خالية من سبب من

أسباب الإباحة تكفي بأنها الركن الشرعي.

ويتوقف الركن الشرعي على توافر عنصرين:

١. المحضوع لنص تجرمي

٢. عدم المحضوع لسبب من أسباب الإباحة.

الركن المادي: كل نشاط صادر عن الإنسان بنية إحداث نتيجة جرمية حصلت مع علاقة

السببية بينهما يكتف بأنه الركن المادي ويتوقف على توافر عناصر ثلاثة:

١. نشاط إجرامي من إنسان بنية تحقيق نتيجة جرمية.
٢. تحقق نتيجة معاقب عليها.
٣. توافر علاقة السببية بين النشاط والنتيجة.
- الركن المعنوي: - إرادة الخروج عن القانون الجزائي بفعل أو امتناع يكتيف بأنه ركن معنوي^(١١).
- القتل:- إزهاق روح إنسان كان على قيد الحياة يكتيف بأنه قتل يتوقف على عنصرين:-
١. إزهاق روح إنسان.
٢. كان الانسان لم يفارق الحياة قبل إتيان الفعل.
- وبناء على ذلك لا يسمى قتلًا في الاصطلاح إذا كان الفعل إزهاق روح حيوان أو إنسان فارق الحياة قبل إتيان الفعل وللقتل من حيث التكييف: أنواع متعددة منها:
- ١- القتل المباح: وهو كالقتل قصاصاً أو دفاعاً عن النفس أو العرض أو المال يكتيف بأنه مباح لا يسأل جزائياً ولا مدنياً.
- ٢- القتل العمد العدوان: إزهاق روح إنسان كان على قيد الحياة مع القصد وبدون مجرّد قانوني يكتيف بأنه عمد عدوان.
- ٣- القتل البسيط: القتل العمد العدوان غير المقترب بظرف مشدد أو تخفف يكتيف بأنه قتل بسيط^(١٢).
- ٤- القتل الخطأ: إزهاق روح إنسان لم يتوفر فيه الركن المعنوي (القصد الجزائي).
- ٥- الخطأ الواعي: إذا كان الخطأ يتوقع خطأ مقدماً لكنه كان يعتمد على مهارته وخبرته كمن يسوق سيارته بسرعة غير مسموحة في شارع مزدحم اعتماداً على مهارته في السياقة وسيطرته على اجتناب ارتكاب عمل غير مشروع ورغم ذلك إذا ارتكب عملاً غير مشروع يكتيف خطأه بأنه الخطأ الواعي فيسأل جزائياً ومدنياً.
- ٦- الخطأ غير الواعي: هو الذي لا يتوقعه الخطأ. مقدماً كمن يسوق سيارته بسرعة مسموحة ولكن يخرج طفل فجأة الى الشارع ويغير اتجاه السيارة باتجاه حديقة دار

(١١) د. رؤوف عبيد /مبادئ القسم العام من التشريع القضائي/ ص ٢٧٤.

(١٢) كما في المادة (٤٠٥) من قانون العقوبات العراقي القائم التي نصها (من قتل نفساً عمداً يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت).

فيتلفها أو يهدم السياج فيكيف بأنه خطأ غير واع فلايسال المحاطى. مسؤولية جزائية لكن يسال مسؤولية مدنية عن التعويض.

والخطأ في المسؤولية التقصيرية: هو اخلال بواجب قانوني مع الادراك المخل اياه وبناء على هذا التعريف يتوقف على عنصرين: -

١. العنصر المادي (الموضوعي) وهو الاخلال بواجب قانوني

٢. العنصر المعنوي وهو علم المخل بأنه اخل بواجب قانوني.

الخطأ الجنائي: إذا كان الواجب الذي اخل به المحاطى. محدد بالقانون الجزائي يكيف الخطأ بالجنائي أو الجزائي.

الخطأ المدني: إذا كان محدد بالقانون مطلقا مدنيا أو جزائيا أو بصورة مباشرة أو غير مباشرة كالزام القانون كل انسان بان لا يضر بالغير يكيف بالخطأ المدني فكلما تحقق الجنائي يتحقق الخطأ المدني دون العكس الكلي. يكيف بأنه قتل الخطأ يوضع للنص الذي يحكمه.

١. القتل المقتن بالظرف المشدد: - إزهاق روح إنسان مع سبق الاصرار أو التردد أو الاقتران بجريمة أخرى يكيف بأنه القتل المقتن بالظرف مشدد يعاقب عليه الجاني بعقوبة أشد من عقوبة القتل البسيط ويوضع للنص الجزائي الذي يعالج حكمه.

٢. القتل المقتن بالظرف المخفف: - إزهاق روح إنسان مع سبق استفزاز المجني عليه للجاني مثلا يكيف بالقتل المقتن بالظرف المخفف يعاقب عليه بعقوبة تكون أقل حجما من عقوبة القتل البسيط ويوضع لنص جزائي خاص.

٣. الضرب المفضي الى الموت: - إزهاق روح إنسان بضرب لم يقصد فاعله تحقيق النتيجة الجرمية يكيف بالضرب المفضي الى الموت فيعاقب الجاني بعقوبة أقل من القتل العمد العدوان ويوضع للنص الجزائي الذي يحكمه.

وهناك تطبيقات كثيرة للتكييف في المسائل الجزائية نكتفي بهذا القدر استبعادا للتطوير المحل.

تدارك خطأ القاضي في التكييف:

إذا أخطأ قاضي الموضوع في تكييف واقعة يمكن تداركه من محكمة عليا كمحكمة التمييز.

وعلى سبيل المثال أثناء الحرب العراقية الايرانية في الثمانينات رجع أحد الضباط الى دياره في وقت متأخر من الليل فوجد جثة رجل في حديقته وهو قد مات بالسلك المكهرب الممتد على سياج حديقته ثم أقيمت عليه الدعوى من ذوي العلاقة فأدعى أمام قاضي الموضوع بأنه قام بهذا العمل دفاعاً عن النفس والمال لظروف إستثنائية قائمة بسبب الحرب العراقية الايرانية. فحكم قاضي الموضوع ببراءته بعد أن كيف الواقعة بالدفاع الشرعي، وبعد تمييز الحكم نقضت محكمة التمييز حكم القاضي لكونه مخطناً في تكييف الواقعة لعدم توافر عناصر الدفاع الشرعي فيها ومن بينها كون المخطر الذي يهدد حقاً من حقوقه التي يحميها القانون، حيث لم يكن هنالك خطر على وشك الوقوع ويكون حالاً.

أنواع التكييف:

ينقسم التكييف الى نوعين:

- ١- **التكييف القانوني:** وهو إعطاء الصفة القانونية للتصرف القانوني أو الواقعة القانونية لغرض تحديد النص الواجب التطبيق كتكييف الطاقة الكهربائية بأنها مال منقول تتعلق فيها جريمة السرقة.
- وكتكييف العلاقة بين الجاني والمجني عليه في حالة خيانة الأمانة بأنها علاقة تعاقدية من قبيل الإيجار أو العارية.
- وكتكييف الوقائع التي تقوم عليها الجريمة بأنها غير مشروعة طبقاً لقانون العقوبات.
- ٢- **التكييف هو القانوني:** وهو عبارة عن تكييف ما لا يوضع للتصرفات القانونية أو الوقائع القانونية من كل ما كان استخلاصه متوقفاً على أفكار غير ذات طابع قانوني كتكييف فعل صادر عن الإنسان بأنه فاضح محل الحياء.^(١)

(١) د. محمود نجيب حسني / المرجع السابق / ص ٤٩٠.



الفصل الرابع

التفسير والتاويل

ونتناول هذا الموضوع في مبحثين:
يخص الأول للتفسير والثاني للتاويل.



المبحث الأول

التفسير

التفسير في اللغة الكشف والبيان والايضاح والتبيين وإزالة الغموض^(١)
التفسير والتعريف في الاصطلاح المنطقي: وهما متقاربان من حيث المضمون والمقصود.
وقد قسم علماء المنطق التعريف والبيان الى عدة اقسام باعتبارات مختلفة كالآتي:

أولاً: من حيث القصد اللفظي و تنبيهي.

- ١ - التفسير اللفظي: ما يقصد به تفسير مدلول لفظ بلفظ اوضح منه دلالة على المعنى والمراجع المعتمدة لهذا النوع القواميس والمعاجم والموسوعات اللغوية.
- ٢ - التفسير التنبيهي: هو ما يقصد به احضار صورة مخزونة في ذهن المخاطب غابت عنه بعد ان سبق علمه به وبناء على ذلك لا يعد هذا من باب كسب المجهول من المعلوم حيث لا يوجد كسب جديد وانما هو احضار ما غاب وتذكير المخاطب به.

ثانياً: من حيث العلم بوجود مفردات المعرفة خارج الذهن وعدم

وجوده:

اسمي وحقيقي.

التفسير الاسمي: يختص بالموجودات الذهنية كما ان الحقيقي يختص بالموجودات الخارجية كالاعيان الموجودة خارج الذهن.

- ١ - التفسير الاسمي: بيان وتفسير للمصطلحات العلمية الاعتبارية كتعريف شيء من الاعيان قبل وجوده او قبل العلم بوجوده كتعريف مكتشف قبل اكتشافه وكبيان مواصفات مشروع قبل انشائه.

- ٢ - التفسير الحقيقي: تعريف لما علم وجوده خارج الذهن.

^(١) لسان العرب: فصل التاء حرف الراء.

فالتعريفات للموجودات خارج ذهن الانسان تعريفات حقيقية كتعريف المنقول بانه كل ما يمكن نقله من محل الى اخر بدون تغييره وتعريف العقار بانه ما لا يمكن نقله بوسيله احتيادية مع الاحتفاظ بهيئته.

ثالثا: التفسير المنطقي:

من حيث العناصر ينقسم الى الحدي والرسم كما ينقسم كل منهما الى التام والناقص.

١ - الحد التام: هو الذي يتكون من جنس الشيء وفصله القريبين كتعريف الجريمة بانها (مخطور معاقب عليه) فالاول جنس يشمل المحظورات الجزائية و غير الجزائية، والثاني فصل يخرج به المحظورات غير الجزائية كالاضرار الموجبة للتعويض.

٢ - الحد الناقص: هو التعريف بالجنس البعيد والفصل القريب كتعريف الجريمة بأنها حدث معاقب عليه.

٣ - الرسم التام: هو التعريف بالجنس والفصل والحواص كتعريف الجريمة بانها مخطور معاقب عليه مضرة بالفرد والمجتمع.

٤ - الرسم الناقص: هو تعريف الشيء بخواصه كتعريف الملكية بانها يحوز القوتون صاحبها بالتصرف والاستعمال والاستغلال والحيازة^(١).

التفسير في الاصطلاح الفلسفي: هو تفسير الحقيقة العلمية وايضاها أوانها لازمة من المبادئ البدئية. والتفسير أهم من التعليل لان التعليل هو انتقال الذهن من المؤثر الى الاثر سواء كانت العلة تامة أو ناقصة فكل تعليل تفسير وتوضيح وليس كل تفسير تعليل^(٢).

التفسير في الاصطلاح الشرعي: هو الكشف عن مرامي ألفاظ القرآن.

التفسير في الاصطلاح القانوني: هو تحديد للمعنى الذي يقصد الشارع من ألفاظ النص لجعله صالحا للتطبيق على وقائع الحياة^(٣).

(١) ينظر مؤلفنا المنطق القانوني في التصورات ص ١١٥ وما يليها

(٢) المعجم الفلسفي للدكتور جميل صليبا ١ / ٣٦٤

(٣) ينظر موجز شرح قانون العقوبات - القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٥٤

لأن التفسير هو البحث عن إرادة المشرع بألفاظ معينة يتكون منها النص القانوني وهو لذلك يفترض تحليلاً لهذه الألفاظ وكشفاً عن مدلولها. والمعنى المراد بالنص هو التنظيم القانوني لموضوع معين.

وفلسفة التفسير (علته الغائية) هي جعل النص صالحاً للتطبيق على ما يعرض على القضاء من وقائع بحيث يحقق العدالة.

أنواع التفسير:

ينقسم التفسير من حيث المصدر (الجهة التي تتولاه) إلى خمسة أقسام: - تشريعي وقضائي وعلمي ومنطقي.

أولاً: التفسير التشريعي: هو الذي يتولاه الشارع أو المشرع^(١) أو من يخولاه به.

من نماذج التفسير التشريعي تخصيص النص العام بنص آخر كما في تخصيص عموم المادة السادسة من قانون العقوبات العراقي القائم (تسري أحكام هذا القانون على جميع الجرائم التي ترتكب في العراق وتعتبر الجريمة مرتكبة في العراق إذا وقع فيه فعل من الأفعال المكونة لها أو إذا تحققت فيه نتيجتها أو كان يراه أن تتحقق فيه).

وفي جميع الأحوال يسري القانون على كل من يساهم على جريمة وقعت كلها أو بعضها في العراق ولو كانت مساهمته في الخارج سواء أكان فاعلاً أم شريكاً) فصيغة (جميع الجرائم) للعموم تشمل كل من يرتكب جريمة في الاقليم العراقي السري أو البحري أو الجوي بغض النظر عن جنسيته وصفته الوظيفية.

غير أن هذا العموم لم يكن مراداً للمشرع لذا خصصه بالمادة الحادية عشر من هذا القانون التي نصها (لا يسري هذا القانون على الجرائم التي تقع في العراق من الأشخاص المتمتعين بمصانة مقدرة بمقتضى الاتفاقيات الدولية، أو القانون الدولي أو القانون الداخلي).

ومن التفسير التشريعي تقييد النص المطلق كما في لفظة (وصية) وهي ردت في القرآن الكريم مطلقه فتشمل الوصية بجميع التركة أو ببعضها من الثلثين أو النصف أو الثلث أو نحو ذلك.

(١) للشارع يستعمل بالنسبة للشريعة الإسلامية لأن الصيغة لا تكلف فيها بخلاف المشرع فهو يدل على التكلف وتحمل المشقة كما في تشريع القوانين

غير أن هذا الإطلاق لم يكن مراداً من الشارع (الله جل جلاله) لذا قيده الرسول (ﷺ) بمقتضى تحويل له من الله بقوله: «وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ»^(١) فهذا التقييد كان بالثلاث ومادهونه.

قال سبحانه وتعالى: «كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ أَنْ تَرَكَا خِيراً»^(٢) الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على الْمُتَّقِينَ»^(٣).

وهذا التقييد ورد في حديث سعد بن أبي وقاص (رضي الله عنه) قال: ((قلت يا رسول الله أنا ذو مال وفي رواية أنا كثير المال ولا ترثني إلا ابنة لي واحدة أفأتصدق بثلاثي مالي؟ قال: لا، قلت: أفأتصدق بشطره (نصفه)؟ قال: لا، قلت: أفأتصدق بثلثه؟ قال: الثلث والثلث كثير إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون (الناس))^(٤).

ثانياً: - التفسير الفقهي: التفسير الفقهي هو الذي يقوم به الفقهاء في مؤلفاتهم وأبحاثهم العلمية وأثناء إلقاء المحاضرات القانونية وهو ذلك.

وهو على جانب كبير من الأهمية النظرية ويتميز بالمنطق الدقيق والحجج البالغة ورغم كل ذلك فإنه ليس ملزماً للقاضي أيما كان المستوى العلمي للفقهاء المفسرين.

ثالثاً: - التفسير القضائي: التفسير القضائي هو ما يتولاه القاضي حين تطبيق القانون الذي لا يتضح فيه ملامح العدالة والمعنى المعني بالتطبيق على القضية التي ينظر فيها فيجب عليه إزالة عدم الوضوح.

وقد كان الرأي السائد سابقاً أن التفسير بوجه عام وتفسير القاضي بصورة خاصة هو تحديد المعنى الذي قصده المشرع من الفاظ النص حين تشريعه لجعله صالحاً للتطبيق على وقائع الحياة على أساس أن المعنى الذي أراده المشرع بالنص حين تشريعه هو المراد للوصول إليه وتطبيقه.

(١) سورة النحل / ٤٤

(٢) أي مالا

(٣) سورة البقرة / ١٨٠

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الوصايا باب الوصية بالثلث - فتح الباري / ٥ / ٢٤٦. والنسائي باب الوصية بالثلث ٦ / ٢٤١

وكان من واجب المفسر هو البحث عن هذه الإرادة أي عليه أن يستقصى نية المشرع وقت التشريع لذا كانت الاعمال التفسيرية في مقدمة مصادر التفسير الرسمية التي كان المفسر يستعين بها في تفسيره.

أما في الوقت الحاضر فقد لوحظ أنه لا وجود في النظم الدستورية الحديثة لما يسمى المشرع الذي يراد التعرف على إرادته والبحث عن نيته لأن التشريع في العصر الحاضر يشترك في وضعه عدد كبير من أشخاص وهم يختلفون في آرائهم وميولهم وأجتهاداتهم لذا أصبح موضوع التفسير إرادة التشريع لا إرادة المشرع لأن المشرع ليس إلا مجرد تصوير ذهني فهو ليس بشخصية تاريخية حقيقية لو مجازية فعليه يجب: أن يكون التفسير إستجلاءً للمعنى الحالي الذي يعيش في القاعدة القانونية أي الإرادة التشريعية.

والتشريع يشتمل على مقصود مستقل عن نية واضعيه فعلى المفسر أن يضع عينيه على هدف التشريع الذي يقصد منه تنظيم علاقات معينة أبتغاء إشباع حاجات معينة.

فالتفسير يجب أن يكون موضوعيا لا يتحرى إرادة المشرع ويتقرب على طابعه الموضوعي أن يكون من الممكن أن يتخذ التشريع قيمة تختلف عن قيمته الأولى التي خلعها عليه واضعوه، وأن ينتج نتائج وأثارا لم تكن منتظرة ولم يكن من الممكن توقعها وقت وضع التشريع وبذلك تكتسب القاعدة القانونية مع الزمن مجالا تطبيقيا أوسع يمتد إلى علاقات قد تختلف عن العلاقات التي كانت مقصودة حين التشريع.^(١)

ومحصلة الكلام: أن مهمة القاضي تحقيق العدالة فيجب عليه أن لا يفتش عن قصد المشرع حين تشريعه للنص لأن العدالة والحكمة تتطلبان منه أن يطبق نصوص القانون وفقا للواقع وطبقا لمقتضيات الحياة العصرية وقت التطبيق.

الموازنة بين التفسيرين الفقهي والقضائي :-

١ - التفسير الفقهي عادة يكون أكثر دقة و اقرب الى المنطق لان مجال الفقيه للتفكير أكثر وأوسع من مجال القاضي، ولأن وظيفة الفقيه تقتصر دوما على تفسير النصوص وشرحها والتعليق عليها.

٢ - التفسير الفقهي أكثر اتساعا وأكثر عمومية لان التفسير القضائي في جوهره تفسير حالات معينة يعنى كل واحدة منها على حدة.

(١) د. ثروة الاسيوطي: - نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها من ٢٩٦ و من ٤٨٧، د. عبدالحى حجازي: - المدخل لدراسة العلوم القانونية من ٥٦٨ وما يليها.

٣ - التفسر الفقهي يجري في جوهره من النقد الحر والبحث العلمي الحر لذا يكون أكثر حرية وأكثر جرأة وأكثر عمقا.

٤ - رغم الميزات المذكورة للتفسر الفقهي فإن التفسر القضائي يتميز بأنه أكثر اعتدالا واشد التصاقا للتشريع وذلك لحضور القاضي للتشريع ولضمانة مسؤوليته امام المستور والقانون^(١).

رابعاً: التفسير العلمي:

تطور عالمي التكنولوجي والطبي وغيرهما من مظاهر الحضارة البشرية والتقدم العلمي ادى كل ذلك الى اكتشافات جديدة لبعض الموجودات الكونية التي كان الانسان يهملها سابقا.

ويفضل تلميح هذه الاكتشافات العلمية تبينت للأسرة البشرية طبيعة كثير من الأمور المكونة في باطن الارض والموجودة على ظاهرها، وساعد هذا التفسر العلمي الانسان على التمييز بين منافع ومضار هذه المستجدات وأخذ ينتفع بما من شأنه أن ينتفع به واستبعد ما هو مضر كما إكتشف طرقا وقائية لتوقي كل شر يضر بحياته ويؤثر على سلامته الجسدية وحمایته المالية.

كما أن القضاء استفاد كثيرا من طريق التفسر العلمي من الأمور الطبية التي يستعين بها في مجالات كشف الجريمة وآثارها ومدى خطورة الجاني على المجتمع وبوجه خاص من طريق الطب العدلي كما يأتي بيان ذلك في الفصل القادم بإذن الله.

خامساً: التفسير المنطقي:

من الأصول التاريخية التي تصل ما بين النص وبين التعريفات السابقة ومن الرابطة التي تربط النص بسائر النصوص ومن العوامل الاجتماعية:

العامل العقلي: - لكل نص هدف (علة غائية) يسعى الى الوصول اليه يمثل الحكمة من وضعه فالحكمة من التشريع هي الغرض الذي يتبني التشريع تحقيقه هي سبب وجود التشريع وهي غايته المباشرة أو روح التشريع.

(١) د. عبدالمجيد المجازي / المرجع السابق / ص ٥١٣

ويجب أن يفهم النص على المعنى الذي يجب أن يكون أكثر تحقيقاً للحكمة قد تتغير الحكمة التشريعية مع الزمن فالمفسر الذي يبحث قاعدة وضعت منذ زمن بعيد لا يتعين عليه أن يبحث عن السبب الذي دفع للمشرع وقتئذ إلى وضع تلك القاعدة بل يجب أن يبحث عن أساسها العقلي في الوقت الذي يفمرها فيه.

التطبيق والتوسيع في التفسير:

يرى جمهور فقهاء القانون أن تفسير النصوص الجزائية ينبغي أن يكون ضيقاً على أساس (مبدأ الشرعية) أي (الاجرمية ولاعقوبة الأبقانون) إذا كان توسع القاضي الجزائي في التفسير يهدر بهذا المبدأ لأنه يؤدي إلى امتداد نطاق النص الجزائي بحيث يشمل فعلاً لم يرمها المشرع ولم يقرر من أجلها العقاب بينما يرى الآخرون^(١)، خلاف ذلك لأن التفسير الضيق يعني فرض قيود تحكيه على النشاط الذهني للمفسر. وكون التفسير حرفياً بالإضافة إلى تنافيه للعدالة يورد النص من الطابع العلمي ويحوّله إلى مجرد ترديد لعبارات القانون في صيغ وأفراط أخرى ويجعل القانون عاجزاً عن مواجهة الظروف الجديدة وبالتالي يكون عاجزاً عن حماية حقوق المجتمع ثم إنه يؤدي إلى تغليب الالفاظ والوسائل على غاياتها.

ولكن يجب في جميع الأحوال أن لا يصل الأمر إلى حد استعمال القياس في تفسير النصوص الجزائية إحتقاراً لمبدأ الشرعية فليس للقاضي أن يقيس فعلاً لم يرد نص بتجريمه على فعل ورد نص بتجريمه فيقرر للذات عقوبة الثاني لكن إن حظر القياس لا يعني حظر التفسير الواسع فهو مباح كلما اقتضته العدالة.

جواز القياس في هذه نصوص التجريم:

مادام حظر القياس في المسائل الجزائية مبني على إحترام مبدأ الشرعية فإن النتيجة المحتمة لذلك هي جواز القياس حيث لا يكون هنالك مجال لتطبيق هذا المبدأ كما في المسائل المدنية.

تفسير الشك لمصلحة المتهم:

النص الجزائي الغامض لا يعني القاضي من إهماله لأنه يعد حينئذ ناكلاً للعدالة لكن إذا استحال عليه تحديد وتساوت في نظره وجوه متعددة يمكن أن يؤول النص وفقاً لما يستعين

(١) د. محمود نجيب حسني / المرجع السابق / ص ٥٨ ومايلبها

على القاضي أن يرجع الوجه الذي تتحقق فيه مصلحة المتهم وأن يأخذ بمبدأ (يفسر الشك لصالح المتهم) لأن الأصل في الأفعال هو الإباحة^(١).

الوسائل المعينة للقاضي على تفسير النصوص:

على القاضي في تفسير النصوص أن يأخذ بالنظر الاعتبارات الآتية: -

١- الاهتبار النفسي النظامي الذي يقتضي وضع النص في مكانه المحدد ضمن النظام القانوني كالأخذ بمنطوق النص أو مفهومه الموافق أو مفهومه المخالف أو إشارة النص وإيماء النص وإقتضاء النص كما سبق تفصيل ذلك سابقا.

٢- الاهتبار التاريخي الذي يتطلب الرجوع الى الأصول التاريخية للنص كما في المادة (١٦٠٣) من القانون المدني العراقي القائم (لا تتم الهبة في المنقول الا بالقبض) وقد أخطأ شراح القانون المدني العراقي في تفسير (لاتتم) ب (لا تنعقد) ولو رجعوا الى المصدر التاريخي لهذه المادة وهو الفقه الاسلامي لوجدوا أن المراد ب (لاتتم) من حيث الآثار أي أن الهبة تنعقد وتنتج بعض الآثار وهي التزام الواهب بتسليم الموهوب للموهوب له ولكن لاتنتج البعض الآخر من الآثار وهي الحقوق أي إنتقال ملكية الموهوب للموهوب له فلا يحق له التصرف فيه قبل القبض.

وبناء على ذلك أن التمام إنما هو بالنسبة للآثار دون العناصر لأن القبض ليس شرطاً ولا ركناً لانعقاد العقود العينية وهي (الهبة، القرض، والرهن، والعارية...) فالقبض شرط لتمام آثار هذه العقود وليس عنصراً فيها كما أخطأ من عرف العقد العيني بأنه عقد لا يكفي فيه التراضي لانعقاده بل يتوقف على قبض محل العقد.

٣- الاهتبار الاجتماعي: - يعني إدراك السياق الاجتماعي الذي أفرز ضرورة وجود النص بأن ينظر الى واقع المجتمع الذي كان عليه حين تشريعه واقتضى هذا الواقع تشريعه وهذا يرجع الى نظرية الفيلسوف الفرنسي (مونتسكيو) التي مفادها أن قانون أي مجتمع لا يصلح لمجتمع آخر لأن القانون يجب أن يستقى من واقع المجتمع ومن متطلبات ومستلزمات حياته في كل زمان ومكان^(٢).

٤- الاهتبار الغائي: - الذي يتطلب البحث عن العلة الغائية والحكمة لحكم النص وعلى سبيل المثال الاجهاض محرم لكنه لفظ غامض لشموله لاسقاط الجنين من اللقاح

(١) د. محمود حبيب حسني / المرجع السابق / ص ٦٠ ومايليها

(٢) روح الشرائع / مونتسكيو / ١١٩ / ١

والاخصاب الى لحظة ما قبل ولادته. وقد قال سبحانه وتعالى في مراحل خلق الانسان: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِّنْ طِينٍ، ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ، ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَرْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَبَارَكَا اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾^(١).

ويمتضى هذه الآية وفي ضوء العلم الحديث يمر الانسان في خلقه بالمراحل الآتية: -

١. خلاصة من طين.
٢. مرحلة اللقاح والاختصاص بين الحيمين والبيضة.
٣. العلقة (قطعة دم جامد)
٤. المضغة (قطعة لحم بمقدار ما يضغط)
٥. مرحلة تكوين العظام.
٦. مرحلة ستر العظام بلحم بعد مضي (١٢٠) يوما على اللقاح
٧. مرحلة التحول من الحياة النباتية الى مرحلة الحياة الانسانية.
٨. مرحلة التكامل والتهيؤ للولادة.

وقد اختلف علماء القانون في تحديد مرحلة تحريم الاجهاض هل يشمل الاجهاض جميع المراحل المذكورة من اللقاح الى الولادة او يقتصر على مرحلة معينة من هذه المراحل كمرحلة ما بعد الانتقال من الحياة النباتية الى مرحلة الحياة الانسانية.

ولكن اذا نظرنا الى العلة الغائية لخلق الانسان وحكمة حماية تكريمه وفلسفة الحفاظ على عدم جواز قطع مراحل الجنين من اللقاح الى الولادة لتبين لنا ان الاجهاض يشمل المراحل كافة من اللقاح الى الولادة.

المبحث الثاني

التأويل

التأويل في اللغة بيان ما يزول إليه الامر وهو مشتق من الاول اي الرجوع الى الاصل يقال لوله اليه لمي وجهه و ورد أيضا بمعنى التفسير والمصير^(١).

ومنه قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾^(٢). والتأويل في الإلهيات تفسير الكتب المقدسة تفسيراً حقيقياً أو مجازياً يكشف عن معانيها الحفية المقصودة.

وفي الاصطلاح الفلسفي التأويل عبارة عن البحث عن علل الأشياء للارتقاء منها الى العلة الاولى وهي (الله)^(٣) وفي اصطلاح الأصوليين والقانونيين: - صرف اللفظ من معناه الظاهر الراجع الى معنى آخر مرجوح يحتمله لما يدعو اليه من تعذر أو ضرورة أو مصلحة أو عدالة أو نحوها كحمل اللفظ على معناه المجازي اذا تعذرت الحقيقة^(٤).

والاصل في الكلام هو عدم التأويل لكن إذا اقتضته الضرورة أو المصلحة أو العدالة فيصار اليه خلافاً للأصل^(٥).

مجال التأويل:

التأويل يدخل على الخاص عادة دون العام من الالفاظ التي تحتمل أكثر من معنى وحكم^(٦).

(١) لسان العرب/ فصل الالف حرف اللام، معجم المفردات الفاظ القرآن للعلامة للراغب الأصفهاني/

ص ٢٧

(٢) سورة النساء / ٥٩ وتتمة الآية ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾.

(٣) المعجم الفلسفي - المرجع السابق / ١ / ٢٣٤

(٤) ومن القواعد العامة (إذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز) مجلة الاحكام العدلية / المادة ٦١

(٥) موسوعة القضاء والفقه / ص ٢٨٨

شروط التأويل:

يشترط في التأويل شروط أهمها مايلي: -

١. صلاحية اللفظ للتأويل بأن يحتمل أكثر من معنى (حكم) فإذا كانت دلالة قطعية فلا مجال لتأويله مثل قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ﴾^(١) أي لا منه ولا من زوج سابق.
٢. كون التأويل موافقا لوضع اللفظة أو عرف الاستعمال لاصطلاح الشرع أو القانون بأن يكون المعنى الذي آل إليه اللفظ من المعاني التي يحتملها اللفظ نفسه ويدل عليها ولو على سبيل المجاز أما إذا كان من المعاني التي لا يحتملها اللفظ ولا يدل عليها بوجه من الوجوه فلا يصح التأويل.
٣. قيام دليل شرعي أو قانوني على إرادة الشارع أو المشرع للمعنى المؤدل أي يجب أن يكون التأويل مبنيًا على سند شرعي أو قانوني يبرر صرف اللفظ من معناه الظاهر إلى غير^(٢).
٤. أن يصدر من عالم مؤهل للتأويل لأن التأويل عملية اجتهادية.
٥. أن لا يمكن حمل اللفظ على ظاهره^(٣).

أنواع التأويل:

التأويل من حيث الصحة وعندها إما صحيح ومقبول إذا توافرت شروطه أو غير صحيح ومرفوض إذا تخلف شرط من شروطه.

والتأويل الصحيح ينقسم من حيث مدى تحمل الكلام له إلى قريب وبعيد: -

- ١- التأويل القريب: ما يتبادر إلى ذهن ويكفي في إثباته أدنى دليل كحمل الأب على الجد والأم على الجدة في الميراث في قوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّلُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾^(٤).

(١) خلافا لمن ظن أن تخصيص العام وتقيد المطلق تأويل

(٢) سورة النساء / ١٢

(٣) موسوعة القضاء والفقه ص ٤٩٠

(٤) الموسوعة الفقهية الميسرة / د. محمد رواس قلعة جي / ١ / ٤٠٥

(٥) سورة النساء / ١١

فمن مات عن جد وجدة ولم يكن له أب ولا أم يكون لكل واحد منهما السدس إن كان له ولد وكما في قول الرسول (ﷺ): ((إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران وإذا حكم وأخطأ فله أجر)). ويقول قوله (إذا حكم) بان المقصود إذا أراد أن يحكم لأن الاجتهاد عادة يكون قبل الحكم لابعده.

ب- التأويل البعيد: -هو الذي لا يتبادر الى الذهن ويحتاج الى مرجع يرجعه ويصرفه عن للمعنى الظاهر حتى يكون التأويل مقبولا كتأويل الحنفية في موضوع الكفارة قوله تعالى: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مَسْكِينًا﴾^(١) بما يشمل ستين مسكينا او مسكينا واحدا في ستين يوما فقالوا إن المراد إطعام طعام ستين مسكينا على أساس أن حاجة مسكين واحد في ستين يوما بمثابة حاجة ستين مسكينا في يوم واحد. وقال الفقهاء من غير الحنفية ان هذا التأويل بعيد لأن فيه إعتبار لفظ لم يذكر في الآية وهو (طعام) والغاء للمنصوص عليه وهو العدد (ستين).

ثم قالوا (إن في إطعام ستين مسكينا في يوم واحد إحياء لمجاعة من المسلمين وكفايتهم يوما واحدا فيتضرعون متعاونين في هذا اليوم لعبادة الله وللدعاء لمن وجبت عليه الكفارة فيغفر الله له ويعم الانتفاع، ومن تأويلات الحنفية أيضا لقول الرسول (ﷺ) في موضوع زكاة الفهم (في كل أربعين شاة، شاة بما يشمل قيمتها فقالوا إن المراد شاة ذاتها أو قيمتها بسعر السوق على أساس أن حكمة وجوب الزكاة سد حاجة الفقير وهذه الحاجة كما تسد بذات الشاة تسد أيضا بقيمتها ومن وجهة نظرنا أن الحنفية على صواب وأن التأويل ليس ببعيد لأن الفقير الذي يستلم الشاة لا يريد لها لذاتها غالبا وإنما ليبيعها وسد حاجاته بشئها فإذا دفعت القيمة الحقيقية للمستضعفين يكون ذلك أصح لهم من سوقها الى السوق وبيعها فيه.

ومن تطبيقات التأويل في القانون:

تأويل الولد بما يشمل ولد الولد وإن نزل في المادة (١٧٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي القائم التي نصها (إذا مات الولد ذكرا كان أم أنثى قبل وفاة أبيه أو أمه فإنه يعتبر

^(١) تنمة الآية (والذين يظاهرون من نساءهم ثم يهتدون لما قالوا فتحرير رقية من قبل ان يتعاسا نلكم يوعظون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتعاسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ذلك لتؤمضوا بآله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب اليم) سورة المجادلة / ٣ و ٤

بحكم المي عند وفاة أي منهما وينتقل إستحقاقه من الارث الى أولاده ذكورا كانوا أم اناثا حسب الاحكام الشرعية باعتباره وصية واجبة على أن لا تتجاوز ثلث التركة)

وبدل هذا النص ينطوقه ومفهومه على الاحكام الآتية: -

١. على كل شخص قبل موته أن يوصي لأولاد ولده الذي مات في حياته وترتب على ذلك حرمانهم من التركة عن طريق الميراث لوجود الأولاد من البنين والبنات حيث يحبون بهم من الميراث.

٢. فان مات ولم يوص نأب القاضي منابه في ذلك بحكم القانون المستمد من رأى بعض فقهاء المسلمين كالظاهرية^(١).

٣. تكون الوصية بمثابة نصيب المتوفى من والد الاحفاد المتوفى اذا كانوا أولاد ابن ونصيب والدتهم المتوفاة اذا كانوا أولاد بنت ولكن هذا النصيب في حقيقته وصية تسري عليه أحكام الوصية فيجب أن لا تزيد عن ثلث التركة إلا بأجازة الورثة بعد وفاة المورث لا في حياته استبعادا للأكراء الادبي.

٤. في حالة توزيع التركة وتحديد أنصأب الورثة يعتبر كان المتوفى (والد أو والدة الأحفاد) مازال على قيد الحياة ومحاسب على الورثة حسب الوارث المي فيتقرر نصيبه في ضوء هذا الفرض ثم يتحول تلقائيا الى من خلفه من البنين والبنات.

شروط تطبيق الوصية الواجبة: -

لتطبيق الوصية الواجبة على القاضي رعاية الشروط التالية: -

١. أن يجتمع الأولاد مع الاحفاد لان المفيد إذا لم يجتمع مع بنت الميت أو ابنه يستحق التركة عن طريق الميراث دون الوصية الواجبة مالم يحجب المفيد والا فيأخذ عن طريق الوصية الواجبة.

٢. أن لا يكون المتوفى (جد أو جدة الاحفاد) قد أعطى في حياته أحفاده بغير عرض ما يساوى مقدار الوصية الواجبة عن طريق الهبة والا فليس لهم نصيب عن طريق الوصية الواجبة، وإذا اعطاهم بلا عرض مقدارا من ماله وكان اقل من نصيب الوصية الواجبة يكمل هذا المقدار عن طريق الوصية الواجبة. وهذا

الشرط أحمله المشرع العراقي بينما نصت عليه بقية التشريعات في الدول العربية^(١).

٣. إذا كان الأحفاد ذكورا وإناثا معا توزع عليهم الوصية الواجبة وفقا لقاعدة (المذكر مثل حظ الأنثيين) لأن الاستحقاق بمثابة الميراث لا يخضع في ذلك لاحكام الوصية التي منها تقسيمها على الموصى لهم بالتسوية مالم ينص الموصي على خلاف ذلك.

٤. أن لا يكون الخفيد قاتلا للمتوفى (الجد أو الجدة) ولأبيه المتوفى وأمه للمتوفاة وهذا الشرط يؤخذ من الفقرة الثانية من المادة (٦٨) من قانون الأحوال الشخصية العراقي القائم (ويشترط أن لا يكون قاتلا للموصي).

٥. أن لا تزيد عن ثلث التركة. ولفظ الولد من ذكور الاحفاد واناثهم يجب أن يؤخذ ويحمل على ما يشمل أولاد الاحفاد وأولاد أولادهم وإن نزلوا.

وقد نصت على هذا التعميم بعض التشريعات العربية كالمادة (١/٢٥٧) من قانون الأحوال الشخصية السوري التي نصت على أن (من توفي وله أولاد وقد مات ذلك الابن قبله أو معه وجب لاحفاده من ثلث تركته وصيته وتكون هذه الوصية لأولاد الابن ولأولاد ابن الابن وإن نزلوا).

وملاحظ على هذا القانون انه لم يقر الوصية الواجبة لأولاد البنت وهذا خطأ لا يفتقر^(٢). ومن تطبيقاته ايضا في الأحوال الشخصية تأويل الشرط الوارد في المادة السابعة (يشترط في تمام اهلية الزواج العقل واكمال الثامنة عشرة) بشرط اللزوم دون شرط الانعقاد والصحة وهذا التقييد للجانب التنظيمي فقط. والا فالحقضاء العراقي يعترف بصحة زواج من هو اصغر من هذه السن. ومن تطبيقاته ايضا في نفس القانون تأويل (المادة التاسعة /١) التي نصها (لا يحق لأي من الاقارب أو الاغيار اكراه أي شخص ذكرا كان لو انشئ على الزواج دون رضاها ويعتبر عقد الزواج بالاكراه باطلا إذا لم يتم الدخول).

^(١) كقانون الأحوال الشخصية السوري المادة (٢٥٧/ب) (لو كان قد الوصى لهم أو اعطاهم في حياته بلا عوض مقدرا ما يستحقون بهذه الوصية الواجبة فإذا أوصى لهم بأقل من ذلك وجبت تكملته)

^(٢) لمزيد من التفصيل ينظر مؤلفنا احكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن والقانون / ص ٤٢ وما يليها

و يجب على القاضي ان يزول لفظ (باطلا) ب (الفاسد) او الموقوف، لان الفاسد بسبب الاكراه كالموقوف تلحقه الاجازة بخلاف الباطل فلا يوجد قانون في جميع دول العالم يذهب الى القول بان الباطل يتحول الى الصحيح بالاجازة لانه للمعلوم بيان. وبالإضافة الى ذلك يجب ان لا يكون الدخول بالاكراه ايضا والا فلا يعتبر اجازة من الشخص المكره على الزواج.

ومن تطبيقات التأويل في القانون الجزائي تأويل (الليل) بظلامه الذي يسمى (السجى أو الدجى) لا اعتباره ظرفا مشددا لعقوبة جريمة السرقة في المادة (٤٤٠) من قانون العقوبات العراقي القائم التي نصها (يعاقب بالسجن المؤبد او للمؤقت من ارتكب سرقة اجتمعت فيها الظروف التالية: - ١ - وقوعها بين غروب الشمس وشرورها). وانما يجب تأويله بالظلام حتى تتحقق حكمة ذلك وهي الرهبة والوحشة في حالة ظلام الليل.

ولانه لا يوجد فرق في ارتكاب الجريمة بين النهار وبين الزمن الذي يقع قبيل شروقها وبعيد غروبها بزهاء ربع ساعة فاكثر، فارتكاب جريمة السرقة في تلك المدة الزمنية قبيل الشروق أو بعيد غروبها يكون بمثابة ارتكابها في النهار.

للموازنة بين التأويل والتفسير:

يتفق التأويل والتفسير - باستثناء التفسير التشريعي - في أمور منها: -

- أ. كل منهما عملية اجتهادية يصار اليها لغرض تحقيق العدالة.
- ب. مجال كل منهما ينحصر في النصوص ظنية الدلالة فاذا كان النص قطعي الدلالة على (المعنى أو الحكم) فلا يكون هنالك مجال للاجتهاد لاجل التفسير أو التأويل كما تنص على ذلك قاعدة (الامساغ للاجتهاد في مورد النص^(١)). فائض اذا كان ظني الدلالة يبرز تأويله وتفسيره سواء كان قطعي الثبوت بان يكون جزءاً من القران او ظني الثبوت كما في الاحاديث الاحاد في السنة النبوية.
- ج. كل منهما يحتاج الى دليل شرعي أو سند قانوني يبرره لان التأويل أو التفسير خلاف الأصل.

^(١) المادة الثانية من القانون المدني العراقي للقائم.

ورغم توافقهما في النقاط المذكورة فإنهما يختلفان في كثير من الأمور الجوهرية منها مايلي:

١. من حيث الماهية: - ماهية التفسير عملية ذهنية فكرية من لدن المجتهد لبيان النص الواجب التطبيق اذا لم يكن بيننا وبيننا التأويل عبارة عن صرف اللفظ عن معناه الظاهر الراجع الى معنى مرجوح يحتمله لما يدعو اليه من ضرورة أو مصلحة أو عدالة.
٢. من حيث المصدر: - نطاق التفسير أوسع من التأويل فالتأويل يكون من الفقيه أو القاضي ولا يكون من المشرع ولامن التطور العلمي فلا يتصور أن يلجأ المشرع الى تأويل كلام نفسه بخلاف التفسير.
٣. من حيث الوسائل: - فالوسائل التي يستعين بها كل من المفسر والمؤول تختلف فالمفسر قد يستعين بنص آخر قريب منه وقد يستعين بالاسباب المرجبة، أو بالمذكورة الايضاحية أو هو ذلك من الوسائل الاخرى^(١) في حين ان المؤول يستعين بمايورد العدول من الراجع الظاهر الى المرجوح من ضرورة أو مصلحة أو نوهما.
٤. من حيث المعبرات: - فالمجر للتفسير عدم وضوح دلالة النص على الحكم المراد دلالة واضحة صريحة، بينما المجر للتأويل هو رعاية العدالة أو المصلحة أو الضرورة أو هو ذلك.
٥. من حيث الإلزام والالتزام: - القاض ملزم بالجاء الى التفسير ويوجه خاص في القضايا المدنية فلا يحق له أن يمتنع عن تطبيق النص بحجة عدم وضوحه لانه يعتبر حينئذ ناكلاً للعدالة بخلاف التأويل فاذا امتنع عنه القاضي لايسأل ولا يحاسب لامدنيا ولاجزائيا لاديانة ولاقضاء.
٦. التفسير التشريعي يكون بأثر رجعي الى تاريخ النص للمفسر في حين أن التأويل لا يستخدم الا بالنسبة الى المستقبل.
٧. من حيث الانواع: - التفسير يقسم الى تشريعي والفقهى والقضائي والعلمي في حين أن التأويل يقسم الى القريب والبعيد.

(١) لمزيد من الاطلاع على تلك الوسائل ينظر تفسير النصوص المدنية دراسة مقارنة بين الفقهاء المدني والاسلامي للدكتور محمد شريف أحمد/ ط٢/ ص٢٩٧ ومايليها.

٨. في التفسير يعمل بالمفسر نفسه بينما في التأويل يتولا المعنى الاصلي الراجع ويعمل بالمعنى الاستثنائي المرجوح.
٩. التفسير يؤدي غالبا الى توسيع النص كما اذا كانت الوسيلة المستعملة فيه قياسا لو مصلحة لكن هذا التوسيع يؤخذ به في القضايا المدنية ولا يعمل به في المسائل الجزائية اذا أدى الى إستحداث جريمة أو عقوبة حيث لا جريمة ولا عقوبة الا بالقانون، بخلاف التأويل فإنه غالبا لا يؤدي الى توسيع النص المؤول لانه خلاف الاصل وللأستثناء والاستثناء يكون لضرورة والضرورات تقدر بقدرها.
١٠. التفسير كما يكون بالاقتوال قد يكون بوسائل الايضاح وقد يكون بالاعمال والاقتوال كما فسر الرسول (ﷺ) الصلاة بعد الأمر بإقامتها من المسلمين وكان النص القرآني بجملا ففسرها الرسول (ﷺ) بأصماله فصلى أمام الملأ كما أمر الله به ثم قال لهم (صلوا كما رأيتموني أصلي). وكما قام بأداء مناسك الحج أمام الناس ثم قال لهم (خذوا عني مناسككم) بخلاف التأويل فإنه لا يكون الا بالاقتوال.
١١. التفسير قد يكون بالاشارة المفهومة كاشارة الاخرس بخلاف التأويل.
١٢. قد يكون السكوت بيانا وتفسيرا (للمعنى لو الحكم) المراد كما تنص على ذلك القاعدة العامة الشرعية والقانونية (السكوت في معرض الحاجة بيسان). وعلى سبيل المثل اذا رلى ولي القاصر المميز الذي تحت ولايته مارس عقد معاوضة فسكت يعد سكوته تفسيرا بإذن فيعتقد عقده نافذا منتجا لأشاره من المحقوق والالتزامات دون حاجة الى إجازته صراحة^(١). بخلاف التأويل.
١٣. التفسير يكون بالنسبة للدال على الحكم غالبا في حين ان التأويل يكون بالنسبة للمدلول غالبا.
١٤. من حيث الغرض: - فالغرض من التأويل رعاية المصلحة أو العدالة أو الضرورة بينما الغرض من التفسير تحديد الحكم الواجب التطبيق.
١٥. التأويل خلاف الأصل فالأصل في الكلام هو العمل بأصله وظاهره دون العمل بخلاف الأصل، بخلاف التفسير فإنه موافق للأصل.
١٦. بعض أنواع التفسير ملزم كالتفسير التشريعي بخلاف التأويل فإنه غير ملزم في جميع أنواعه.

(١) كشف الاسرار للبرزوي/١٥٦/٣، مجلة الاحكام العدلية. / المادة ٦٧

١٧. التأويل لا يجري إلا في النصوص والكلام في حين أن التفسير كما يكون للنص قد يكون لغوي كالتفسير القضائي فإنه كما يشمل النص يشمل تكييف وتفسير التصرفات القانونية والوقائع القانونية.

وكالتفسير العلمي فإنه يشمل بيان طبيعة الموجودات الكونية والمكتشفة عن طريق الاكتشافات العلمية الحديثة وبيان مدى منافعها ومضارها.

الموازنة بين التكييف والتفسير -

يتفقان في أن تطبيق الحكم العادل يتوقف عليهما لكن يختلفان من حيثيات متعددة منها: -

١. من حيث الماهية: - التكييف اعطاء الصفة القانونية للتصرف القانوني لو الواقعة القانونية لتحديد النص الواجب التطبيق في الموضوع، في حين أن التفسير بيان للمعنى المراد من النص الواجب التطبيق.

٢. التكييف ضروري في جميع الاحوال بينما التفسير لا يكون الا في حالات عدم وضوح النص.

٣. التكييف لا يكون إلا من القاضي أو من ينوب عنه بخلاف التفسير فإنه يكون منه ومن غيره كما سبق.

التفسير ينصب على النص بخلاف التكييف فإن محله هو التصرف القانوني أو الواقعة القانوني.



الفصل الخامس

الاستعانة بالفير

وتوزع دراسة الموضوع على مبحثين
يخصص الأول للاستعانة بالطبيب
العدلي والثاني للاستعانة بأهل
الحبرة والاختصاص.



المبحث الأول

الاستعانة بالطب العدلي

لتحقيق العدالة في القضايا الجزائية غالباً يستعين القاضي بالطب العدلي لأن لهذا المرجع أهمية كبيرة من لوجه متعددة أهمها مايلي:

١- تمييز التسبب المباشر من غير المباشر للوفاة:

ومن الاسباب المباشرة ان تكون الاضرار لوالافات المرحية كافية بمفردها لاجداث الموت كالنزف الدماغى أو تمزقه أو نحو ذلك ففي الاصابات المرحية مثلاً لو فرضنا ان شخصا طعن آخر بألة حادة فمات اثر ذلك واتضح بعد التشريح جثته ان الاضرار الجسيمة التي احدثها الآله للمستعملة في الاعتداء تعد هي السبب المباشر لوفاة المجنى عليه.

ومن الاسباب غير المباشرة كل تخريب يحصل في الجسم بحيث لايكفي بمفرده لاجداث الموت وانما حدث لوجود آفة مرضية شخصية كان المصاب قد ابتلى بها قبل الحادث الجنائي ومن الاسباب غير المباشرة ايضا ما يقطع العلاقة السببية بين الفعل الجرمي والنتيجة كالاھمال في العلاج وحدوث المضاعفات وبناء على ذلك يجب على الطبيب ان يكون دقيقاً في التمييز بين السبب المباشر وغير المباشر لاختلاف حجم العقوبة المقررة شرعاً وقانوناً للجاني في كلتا الحالتين.

٢- تحديد مدى مسؤولية الفاعل:

عن طريق التشريح يستطيع الطبيب ان يقدم في حالات خاصة ادلة علمية لتسوير التحقيق ولهذا الادلة أهمية قصوى من حيث ان القاضي يستند بها عند اصداؤه الحكم القضائي وتساعد هذه البراهين الفنية على ادانة المتهم أو تبرئة ساحته أو تخفيف الحكم عنه كما ان بإمكان الطبيب الذي يقوم بعملية التشريح تحديد اضرار كل آلة جرحية بمفردها فيما لو استعملت آلات متعددة ومن قبل أكثر من شخص واحد ساهم في الجريمة ثم تعين علاقة اضرار كل بصحة المصاب أو بسبب وفاته تبعاً لظروف الواقعة وطبيعة الجريمة.

٣- الاهمال العلاجي:

يرضخ الطبيب للمحقق العدلي (او قاضي التحقيق) كل افعال علاجية يتضح له ثم يقرر مدى علاقته بسبب الموت وعلى هذا الاساس شرعت بعض الدول^(١) قانون منع الطبيب العدلي من ممارسة مهنته الطبية بصورة خاصة للتعارض بين الصفة الاستشارية والصفة العلاجية.

٤- اخفاء معالم الجريمة:

من المعروف ان المتهم قد يحاول تضليل قاضي التحقيق بشتى الوسائل المتيسرة لديه كان يسكب مادة النفط على جسد المجرى عليه فيحرقه فيصل الطبيب العدلي عن طريق التشريع الى ان الحريق حصل بصورة عارضة وليس له دخل في حدوث الوفاة. وقد يقوم القاتل بتعليق الجثة ليوهم قاضي التحقيق ان الشخص انتحر بشقن نفسه لكن يتمكن الطبيب العدلي من التمييز بين الحيلة وما قام به المتهم لاختفاء الواقع والحقيقة وتضليل المحقق او القاضي.

٥- حيوية الاصابة:

وتدعى هذه الحالة الاصابة بالحيوية (اوالفعالية) اذا حدثت في جسم حي وبتشريع الجثة يتمكن الطبيب من تشخيص حيوية وفعالية الجرح من عدمها ومن ان يثبت في الوقت نفسه سبب الموت الحقيقي.

ومن تطبيقات هذه الحالة حادثة جنائية وقعت ثم دعيت الهيئة التحقيقية بضمناها الطبيب العدلي لاجراء الكشف على جثة شخص قيل انه احترق قضاً وقدرأ ونتيجة الكشف الظاهري والفحص التشريحي تبين ان الحرق كان حيويًا في مناطق معينة من جسم الضحية و غير حيوي في مناطق اخرى وظهر التشريح للطبيب العدلي وجود كدمات في تجريف الفم وهي تدل مظاهرها على انها حصلت اثر ادخال مادة غريبة خشنة بعنف داخل الفم كقطعة قماشية كما اظهر الفحص وجود اصابات حيوية في الراس بسبب آلة راضة قاطعة كالفأس وبعد ان قدمت هذه المعلومات التشريحية لقاضي التحقيق اتضح له الامر بعد بذل جهود وكشف عما يكتنف الواقعة من غموض ولما القى القبض على الفاعل اعترف بانه كان قد ادخل يشاغفه داخل فم المجرى عليه للحيلولة دون استغاثته ثم هوى

(١) كما في جمهورية مصر العربية خلافاً لما عليه القانون في العراق.

بالفأس على راسه عدة مرات واوقد النار في الموقد وقرب راس القتيل من النار بعد ان ظن انه قد فارق الحياة.

وقد ظهر للطبيب العدلي ايضا ان المصاب كان آنذاك في حالة غيبوبته عن طريق مشاهدة حروق حيوية على جسده. ثم تبين ان شخصا مستخدما دخل الغرفة بعد الحادث واستخرج اليشماع من فم القتيل واجرى له تنفسا اصطناعياً طائفاً انه لا يزال على قيد الحياة ثم اخبر الشرطة عن الحادث^(١).

٦ - تعيين اتجاه الاصابة:

قد يطلب من الطبيب العدلي تعيين اتجاه الاصابة في الجسم للاستفادة منها في معرفة اي اليدين كانت قد مسكت الالة الجارحة كما في حالة الاصابة الانتحارية أو الجنائية أو المفتعلة (المصطنعة) أو لاستنتاج موضع الجاني هل كان على مستوى اعلى أو اوطأ من القتيل أو انه اصابه من الامام أو الخلف أو من الجانب للتمييز بين حالات الانتحار وبين الاعتداءات الجرمية.

٧ - تعيين الالة الجرمية:

يستطيع الطبيب العدلي في كثير من الحالات استنادا الى صفات الاضرار واشكالها وسعتها وعمقها واتجاهها ان يستنتج ان الالة القاطعة كانت ذات حد واحد أو ذات حدين أو ان الالة الراضة كانت مستطيلة الشكل أو دائرية أو ذات شكل معين اخر أو ان الالة النارية ذات مقنوف واحد كالبنديقية أو المدس أو اكثر كبنديقية الصيد ومن الواضح ان لتحديد الالة المستعملة في تنفيذ الجريمة دورا مهما في تحديد حجم العقوبة استنادا الى مدى خطورة الجاني والقوة في ارتكاب الجريمة.

٨ - كيفية حدوث الاصابة:

يساعد التشريع الطبي في كثير من الوقائع على استنتاج منشأ الاضرار ومعرفة آليتها وعلى سبيل المثال في حادث السيارة تكون الغاية معرفة كيفية حصول الاصابة هل حصلت من اثر مرور عجلة السيارة أو من السقوط منها أو نتيجة ضغط شديد حصل على جسمه بعد رجوع السيارة الى الوراء أو نحو ذلك مما يحدد مدى مسؤولية سائق السيارة وتقصي وبالتالي تسببه في وفاة المصاب.

^(١) ينظر الطب العدلي علما وتطبيقا/الدكتور وصفي محمد علي/ مطبعة المعارف/ ١٩٧٦/ ١/ ٧٧

٩ - تقدير الحالة الصحية:

يتوقف تقدير الحالة الصحية للمتوفى على ما يقدمه الطبيب المشرح في تقديره المتضمن بمجموع المشاهدات التشريحية والفحوص المختبرية التي يستعان بها ومن الواضح ان هذه الحالة ضرورية بالنسبة للدوائر الرسمية وشبه الرسمية وشركات التأمين في موضوع التزاماتها بدفع تعويض مالي لورثة المتوفى بعد التأكد من ان وفاته حصلت اثناء قيامه بمهمة وظيفية عهدت اليه وفيما اذا كان سبب الموت ناقبا عن ذلك بصورة مباشرة او غير مباشرة كأن يصعق عامل بالتيار الكهربائي عندما كان يقوم بتصليل بعض الاسلاك. وفي حالة مشاهدة الطبيب لأية افة مرضية يجب عليه ان يوضح علاقتها بسبب الوفاة^(١).

(١) لمزيد من التفصيل ينظر المرجع السابق ١ / ٧٢ - ٧٩

المبحث الثاني

الاستعانة باهل الخبرة والاختصاص

على القاضي ان يستعين باهل الخبرة في القضايا المدنية لتقدير الاضرار وحجم تعويضاتها لاستبعاد الظلم من كل من المضرور والمسؤول عن دفع التعويض وتحقيق العدالة بالنسبة لجميع الاطراف.

وبالنسبة لاثار الجريمة كبقع الدم مثلاً يستعين بمتفحقات تحليل الدم وبالنسبة لبقية الاثار كبصمات الاصابع يستعين بالتحقيقات الجنائية.

وبالنسبة للعاهات العقلية والامراض النفسية يستعين بالاطباء المختصين وعلماء النفس.

فاذا ادعى المتهم او وكيله او شخص اخر من ذوي العلاقة بان المتهم كان حين ارتكاب الجريمة مصاباً بعاة عقلية^(١)، او كان مصاباً بالصرع وهوداء عصبي يتميز بنوبات فجائية من فقدان الوعي وتلقن غالباً بالتشنج^(٢)، او كان مصاباً بالهستيريا وهي عصاب وضعف الشحنة الانفعالية وشعور ينشأ بين الذات الشاعرة والرغبات اللاشعورية المكبوتة^(٣) او نحو ذلك من موانع المسؤولية الجزائية^٤، فعلى القاضي الاستعانة بالمختصين للتأكد من وجود العرض المانع او عدم وجوده وللتأكد من مدى تأثيره على ارادة الجاني وعلى القاضي ايضاً الاستعانة بعلماء النفس والاجتماع لدراسة خلفيات المتهم والعوامل التي سادت الجاني الى ارتكاب التهمة الموجهة اليه.

(١) وهي كل اختلال يصيب السير الطبيعي العادي لاجهزة الجسم او قواه التي تساهم في تكوين الارادة وتحدد نصيبها من التمييز وحرية الاختيار. ينظر د. محمود نجيب حسني - المجرمون الشواذ طبعة دار النهضة / ص ٢٩

(٢) الموسوعة العربية الميسرة ص ١١٢٢

(٣) د. مصطفى القلبي - في المسؤولية الجزائية ص ٣٧٨

(٤) ينظر مؤلفنا - موانع المسؤولية الجزائية ص ٥٥ ومايليها

وقد اختلف الفلاسفة والمفكرون في القضايا الجزائية منذ زمن بعيد في تاييد العوامل الذاتية (الداخلية) و الخارجية على ارادة الجاني على ثلاثة اتجاهات: - اتجاه الاختيار، واتجاه التسير، والاتجاه المعتدل كما في الايضاح الاتي:

أولاً: اتجاه حرية الاختيار:

ففي الركن المعنوي للجريمة يفترض ان الجاني وجه ارادته على نحو مخالف لاوامر القانون او نواحيه وتكون هذه الارادة مخالفة لاوامر القانون او نواحيه وتكون هذه الارادة محل لوم وصاحبها جدير بالمسألة الجزائية. وبنى أنصار هذا الاتجاه قولهم بأن حرية الاختيار اساس المسؤولية الجزائية للجاني واستندوا الى حجج منها:

- أ- المسؤولية في جوهرها تون على السلوك المخالف للقانون ولا عمل للوم إلا إذا كان في الاستطاعة سلوك آخر فإذا كان مفروضاً عليه فلا محل لمساءلته جزائياً.
- ب- جريمة الاختيار سندها في ضمير الشخص العادي أو الشعور بمقدرته على المفاضلة بين البواعث المتعلقة ويشعر بتحرره من سيطرة عوامل تلجئه الى سلوك معين.
- ج- الردع الخاص (زجر الجاني لمنع عودته الى ارتكاب جريمة) والردع العام (منع الغير من الاقتداء به) لا يتصوران الا بالنسبة لشخص يسيطر على تصرفاته ويستطيع إلزام نفسه بالسلوك المطابق للقانون.

وبنى أنصار هذا الاتجاه قولهم بأن أساس المسؤولية الجزائية هو حرية الاختيار والقدرة على المفاضلة. ورغم هذه المبررات فإن هذا الاتجاه تعرض لانتقادات شديدة منها مايلي^(١):-

١. إن هذا الاتجاه يبني المسؤولية الجزائية على أساس وهمي غير واقعي وهو افتراض حرية الانسان في الاختيار بينما لا يوجد دليل على ثبوت هذه الحرية وهذا الأساس ليس الا زعماً قديماً تناقله الخلف عن السلف دون بحث او مناقشة.
٢. القول بأن الجاني كان مطلقاً في إختياره وأن الجريمة وليدة إرادته الحرة وحده وأنه كان عليه أن يستمع لنداء ضميره ويتجنب الجريمة:- قول يكذبه الواقع الملموس فالقاتل الذي يرتكب جريمة القتل ثأراً لشرفه الذي أهين، والسارق الذي يسرق بدافع الحاجة القاسية الملحة ونحوهما من الجرائم المرتكبة تحت ضغط ملح فكيف

(١) د. محمود نجيب حسني /المرجع السابق/ص٣٩٩ ومايليها، الاستاذ عبد الجبار عريم/نظريات علم الاجرام/ص ٤٤ ومايليها.

يمكن أن يقال بأن كلا منهم كان حراً في تصرفه حرية مطلقة وهو في الواقع كان مسوقاً إليها بتأثير عوامل مختلفة.

٣. إذا سلمنا جدلاً في تفصيل الجريمة على هذا الأساس في الجرائم العمدية حيث تكون إرادة الجاني عاملاً أساسياً فكيف يمكن تعميم هذا الأساس في الجرائم غير العمدية حيث لا توجد إرادة متمممة في ارتكاب الفعل الجرمي وإنما كان هنالك إهمال أو خطأ

٤. أن التسليم بهذا الفرض وهو أن الجريمة وليدة إرادة الجاني وحدها ترتب عليه نتائج خطيرة حيث يجب عقول المفكرين والمشتغلين في المسائل الجزائية من البحث العلمي عن دراسة الأسباب الحقيقية الدافعة إلى الأجرام.

٥. الأخذ بالاتجاه الذاهب إلى حرية اختيار الجاني في ارتكاب جريمته يؤدي إلى إهمال جانب شخص المتهم وبالتالي إلى بناء حجم العقوبة على مدى جسامة الجريمة وخطورتها وغض النظر عن شخص الجاني ومدى خطورته، ثم يؤدي إلى أسوأ النتائج فيحول ذلك دون تحقيق الفرض المطلوب من القانون الجزائي وأنظمته في مكافحة الأجرام.

فاهتمام الباحثين بالفعل دون الفاعل معناه الاهتمام بالعرض وإهمال الجوهر مع أن الجريمة ظاهرة تدل على نفسية معتلة ملتوية ودليل على وجود شخصية مريضة خطيرة على المجتمع فيجب معالجته ومكافحة المرض^(١).

ثانياً: - اتجاه التمييز المطلق:

مفاد هذا الاتجاه هو أن أسباب الأجرام تنحصر في مجموعتين رئيسيتين: -

١. مجموعة الأسباب (العوامل) الذاتية (الشخصية) التي تسمى الداخلية سواء كانت انشربولوجية (وراثية) أو عقلية (نفسية وعصبية)
٢. مجموعة الأسباب (العوامل) الخارجية تتعلق بالوسط أو البيئة التي نشأ فيها الجاني وعاش سواء أكانت طبيعية (جغرافية ومناخية) أم اجتماعية (أخلاقية ودينية واقتصادية وتعليمية وصحية) أو سياسية (تنظيمية) أو نحو ذلك^(٢).

^(١) الأستاذ عبد الجبار عريم/نظريات علم الجرام/ص ٤٥ وما يليها.

^(٢) ينظر فلسفة وتاريخ القانون الجنائي لاسنانا الدكتور على رلاند ١٦١/١ وما يليها.

ويعتلف أثر المجموعتين باختلاف حالة كل مجرم لكن غلبة التأثير تكون للعوامل الداخلية ولها الحظ الأوفر في إحداث الجريمة.

لكن من أنصار الاتجاه التسيير المطلق من ذهب الى عكس ذلك فأعطى التأثير الغالب للعوامل الخارجية ويوجه خاص العوامل الاجتماعية^(١).

وأستند هذا الاتجاه الى بعض الأدلة منها: -

١. هذا المذهب تطبيق لقوانين السببية (الحتمية) على التصرفات الانسانية فافعال الانسان بأعتبارها ظاهرة طبيعية نفسية خاضعة لقوانين هواهر الكون على نحو لازم ووجود هذه القوانين ليس على شك فهي نتيجة حتمية لاسباب مؤدية اليها، فالجريمة ليست ثمرة حرية الاختيار وإنما هي ثمرة العوامل المذكورة الذاتية منها والخارجية.

٢. حرية الاختيار لم يقم على وجودها دليل وما قدمه أنصارها من حجج لاتوجد لها قيمة استدلالية علمية واقعية.

٣. القول بالجبرية والتسيير يكفل إبراز لاسباب الجريمة تمهيدا لتعديدها وعلاج خطرهما بخلال القول بحرية الاختيار.

٤. هذا الاتجاه يكفل حماية المجتمع قبل عديمي التمييز وناقصيه لان مذهب حرية الاختيار يرى عدم توقيع عقاب على عديم التمييز رغم خطورته الاجتماعية التي كشفتها عنها جرمته. فإتجاه التسيير يقر اتخاذ تدابير الاحترازية الملزمة حفاظا على مصلحة المجتمع فأساس المسؤولية الجزائية لدى هذا الاتجاه هو حماية مصلحة المجتمع من الخطر لان الجريمة اذا وقعت لابد ان يقابلها رد فعل من المجتمع فكما أن الجريمة حتمية على الجاني كذلك الدفاع أمر حتمي على المجتمع.

وقد انتقد اتجاه الجبر والتسيير ايضا من أوجه متعددة منها: -

١. اذا كان الشخص مجبرا على أتيان الجريمة فكيف يوفق بين تلك الحتمية وتوقيع العقاب على الجاني المجبر على ارتكاب الجريمة الا يكون العقاب في هذه الحالة ظلما صارخا.

٢. على اتجاه الجبر يكون المجرم مساقا الى ارتكاب جرمته بفعل جبر ذاتي أو خارجي فيكون بمثابة الآلة بيد الظروف فكيف توجه اليه المسؤولية الجزائية وكيف يوصف فعله بأنه جريمة^(١).

^(١) كأنصار المدرسة الاجتماعية الوضعية الفرنسية التي يتزعمها ميل دوركايم (١٨٥٨-١٩١٧).

تقديم للمهيبين:

١. كل منهما ينطوي على جانب من الحقيقة لكن في نفس الوقت لكل منهما طابع التطرف في الرأي ففي الاتجاه الاول افراط في اقرار حرية الاختيار وفي الثاني تفریط في سلب هذه الحرية عن الجاني.
٢. ليس من الصواب القول بأن الانسان يتمتع في تصرفاته بحرية مطلقة لان الواقع يشهد بان كل شخص خاضع في تصرفاته لبعض العوامل تضيق من نطاق حريته. كذلك ليس من الصواب القول بخضوع الانسان في صورة سلبية خالصة لقوانين السببية (الحتمية) على اساس انه آلة بيد الظروف كالريشة في مهب الريح.
٣. المساواة بين الانسان وسائر الموجودات في الخضوع للظروف تكذبها الفروق الواضحة بين الانسان وهذه الموجودات.
٤. الانسان يتميز بعقل يميزه من غيره وهو مناط تكليفه فهو كائن واع يستطيع العلم بما يحيط به وله المكنة على تحديد غايات يسعى بافعاله الى تحقيقها وله القدرة على للمفاضلة واختيار ما يراه مناسباً له ولو كان ذلك حسب ظنه واعتقاده وظروفه.
٥. كما أن حرية الانسان المطلقة في الاختيار ليس عليها دليل علمي ملموس كذلك القول بأن الانسان آلة بيد الظروف وما إرادته الا آلة لتنفيذ أوامر تلك الظروف والعوامل فذلك ايضا لايقوم الدليل العلمي الملموس عليه فالفكرتان من حيث اثبات العلمي التجريبي في مستوى واحد.
٦. على المفكرين والفلاسفة وعلماء القانون الجزائي استبعاد التعرض لهذه المشكلة الفلسفية (معضلة التسيير والتخير) وعليهم توجيه اهتماماتهم الى دراسة الامراض الجرمية وتشخيص اسبابها الرئيسية ومعالجة هذه الامراض بالطرق العلمية الحديثة لمقاومة الاجرام ومكافحته بالطرق العلمية الحديثة الميسرة.

والثأ - الاتجاه التوفيقي المعتدل: -

حقيقة هذا الموضوع عبارة عن وسط بين الاتجاهين السابقين فالانسان يتمتع في الظروف العادية بحرية مقيدة فثم عوامل لا يمكن أن يسيطر عليها الجاني وهي توجهه على نحو لاختيار

(١) دكتور محمود نجيب حسني /المرجع السابق/ص ٤٠٢ ومايليها، الاستاذ عبد الجبار عريم/المرجع السابق/ص ٤٨ ومايليها.

له فيه ولكنها لاتصل الى حد املاء الفعل عليه وإنما تترك له قدرا من الحرية يتصرف فيه وهذا القدر كاف لكي تقوم المسؤولية على اساس منه. ثم أن التوفيق بين المذهبين ممكن من حيث النتائج فالمسؤولية تقوم على اساس من حرية الاختيار وهي تستتبع الجزاء في صورة العقوبة لكن رغم جميع الاحتمالات والاراء المخالفة على القاضي لغرض تحقيق العدالة أن يستعين بأهل الاختصاص حتى يستطيع الاطلاع على تفصيلات العواصل التي تصوق المجاني الى ارتكاب جرمته. فهذه العواصل قد تكون ظروفًا مشددة وقد تكون اعذارًا مخففة كما في حالات الضرورة والإكراه وقد تكون مانعة من المسؤولية الجزائية دون المسؤولية المدنية كالعاهات العقلية، وقد تكون من اسباب الاباحة كما في حالات الدفاع الشرعي وهو ذلك. وفي جميع الفرضيات المذكورة ليس بإمكان القاضي ان يصرف بنفسه كل طرف ودوره في التأثير على ارادة المتهم وبالتالي على حجم العقوبة. فالاستعانة بالفهم من أهل الخبرة وأهل الاختصاص من الضرورات التي تقتضيها العدالة.



الفصل السادس

المنطق القانوني

نتناول هذين الموضوعين في بحثين
يخصص الأول للمنطق القانوني في
التصورات والثاني للمنطق
القانوني في التصديقات



المبحث الأول

المنطق القانوني في التصورات

تعريفه: المنطق قانون مراعاة قواعده تعصم العقل من الخطأ في كسب المجهولات من المعلومات.

موضوعه: المعلومات التصورية والتصديقية من حيث أنها وسائل لكسب المجهولات التصورية والتصديقية.

غايته: حفظ العقل عن الخطأ حين التفكير والنظر في المعقول^(١).

التصورات والتصديقات:

١- التصور: - عبارة عن أحد الادراكات الأربعة الآتية:

١. إدراك لفردات بدون نسبة بعضها الى بعض كإدراك (الجرعة) وإدراك (الفضيلة) وهو ذلك.

٢. إدراك جملة ناقصة كأدراك (جرعة التزوير) و (جرعة القتل) وهو ذلك.

٣. إدراك جملة تامة إنشائية مثل قول البائع للمشتري بعتك سيارتي بكذا فهي جملة مضمونها غير موجود في خارج الذهن قبل إنشائها وجدير بالذكر أن جميع الجمل الإنشائية من باب التصورات.

٤. إدراك جملة خبرية بدون الأذعان وإنما على سبيل الشك أو الوهم أو التخيل كإدراك وجود الحياة على كوكب المريخ فهو لا يزال في مرحلة الشك فلا يوجد مرجح لترجيح وجود الحياة على عدمها أو عديمها على وجودها.

ب- التصديق: - هو إدراك جملة تامة خبرية على سبيل الأذعان (الاقتناع) كأدراك (المتهم بريء حتى تثبت إدانته)

^(١) المعقولات هي المعلومات للتصورية والتصديقية المخزونة لدى العقل.

مراتب العلم: - للعلم معنيان المعنى الخاص وهو الاعتقاد الجازم الثابت للمطابق للواقع.
والمعنى العام وهو الادراك المطلق وينقسم الى الاقسام السبعة الآتية من الصعود
الى الهبوط من حيث القوة والضعف: -

- ١- اليقين: - هو الاعتقاد الجازم الثابت للمطابق للواقع مثل الكل أكبر من الجزء.
- ٢- الجهل المركب: - هو الاعتقاد الجازم الثابت غير المطابق للواقع وتسميته
(الجهل المركب) لكونه مكونا من جهلين أحدهما عدم علم الشخص بالواقع
والثاني عدم علمه بأنه لا يعلم الواقع كمن يعتقد بوجود شيء أونفيه إعتقادا
لا يمكن إزالته بسهولة بالإضافة الى أنه يعتبر نفسه على حق.
- ٣- التقليد: - وهو الاعتقاد الجازم غير الثابت كإخذ الرأي من الفسخ واتباعه
بدون معرفة دليله فهذا التقليد (الاتباع) قابل للزوال بإخذ رأي آخر بدلا من
الرأي الاول.

٤، ٥ - الظن والوهم: - فالطالب النشيط يعتقد اجتياز الامتحان بنجاح ٩٠%
ويتصور فشله ١٠% فالادراك الاول ظن والثاني وهم وبناء على ذلك يكون
الظن دائما هو الطرف الراجح والوهم هو الطرف المرجوح.

٦- الشك: - وهو التردد بين أمرين على سبيل التساوي دون ترجيح أحدهما على
الأخر كتردد علماء الفضاء في وجود الحياة على كوكب المريخ.

٧- التخيل: - هو ادراك الطرف المقابل لليقين كمن يتصور انه يعيش في الحياة
أكثر من المدة الاعتيادية لحياة الانسان فاليقين والجهل المركب والتقليد والظن
من باب التصديقات والشك والوهم والتخيل من التصورات. والقاضي لا يكلف
بان يعمل دائما بالادراك المرادف لليقين وإلا لأدى ذلك الى ضياع كثير من
حقوق الناس لأن البيانات القانونية في المرافعات تحتل الصدق والكذب والحق
والباطل لانها اخبار وكل خبر فيه الاحتمالات المذكورة. وبناء على ذلك متى
حصل للقاضي الاقتناع بالادلة المتوفرة لديه، له الحق أن يحكم بمقتضى قناعته
ولو كان خطأ.

البديهي والنظري:

كل من التصور والتصديق اما بدهي اذا كان ثبوته لا يحتاج الى دليل كتصور الحرارة للنار وكالقول بان الشمس مشرقة، وإما نظري يحتاج للأثباته الى النظر والدليل كأدراك الجين البشري في التصورات وإثبات الدعوى امام القضاء في التصديقات.

التصورات مبادئها ومقاصدها:

اولا: مبادئ التصورات:

من اهم مبادئ التصورات في المنطق الكليات الخمس (الجنس والفصل والنوع والمرض الخاص والعرض العام).

وهذه المبادئ الخمسة من اقسام المفهوم والمفهوم مايفهم من دال سواء كان لفظا أو غيره لان مايدل عليه الشيء من حيث انه يفهم منه يسمى مفهوما ومن حيث انه يدل عليه يسمى مدلولاً ومن حيث انه يقصد منه يسمى معنى.

وجدير بالذكر ان علم المنطق لايعبر الاهمية للالفاظ الا بقدر دلالاتها على المفاهيم ودلالة الشيء على المفهوم اما وضعية أو عقلية أو طبيعية.

الوضع: - جعل الشيء دليلاً على للمعنى أو المفهوم لفظاً كان أو غيره سواء كان الواضع من أهل اللغة أو الشرع أو القانون أو أي اصطلاح آخر.

الدلالة: - كون الشيء بحالة يلزم من العلم به -بعد العلم بتلك الحالة - العلم بشيء آخر سواء كانت تلك الحالة وضعاً أو عقلاً أو طبيعة.

والدلالة إما مطابقة أو تضمنية أو التزامية وعلى سبيل المثال دلالة العقد على مجموع الإيجاب والقبول مطابقة لان اللفظ مطبق للمعنى بدون زيادة أو نقصان ودلالته على الإيجاب فقط أو القبول فقط ضمن المجموع تضمنية ودلالته على الحقوق والالتزامات المترتبة عليه التزامية.

اقسام الدلالة المطابقة:

١. الدلالة الوضعية اللفظية: - كدلالة لفظ (القتل) على اذهاق روح انسان في الاصطلاح القانوني والشرعي.

٢. الدلالة الوضعية غير اللفظية: - كدلالة اشارات المرور على جواز الاجتياز وعدمه والمراكبات التجارية وعناوين المحلات العامة.
٣. الدلالة العقلية اللفظية: - كدلالة الالفاظ للمسرعة من اجهزة الاتصالات اللاسلكية او السلكية على وجود من يتلفظ بها.
٤. الدلالة العقلية غير اللفظية: - كدلالة آثار الجريمة على تشخيص الجاني وطبيعة الجريمة.
٥. الدلالة الطبيعية اللفظية: - كدلالة انين المريض على آلامه ودلالة الالفاظ المضطربة من المتهم على علاقته بالتهمة الموجهة إليه.
٦. الدلالة الطبيعية غير اللفظية: - كدلالة سرعة نبضات قلب المتهم حين إستجوابه على صلتته بالتهمة المنسوبة اليه.

أقسام المفهوم من حيث الشمولية:

١. الكلي: وهو الذي لا يمتنع عقلا صدقه على كثيرين من الافراد كصدق مفهوم الانسان (الكائن الحي الناطق بالطبع) على افراده.
٢. الجزئي: هو الذي لا يتصور العقل صدقه على أكثر من واحد كاسم العلم بعد معرفة الشخص المسمى به مثل خالد، احمد وغيرهما من أسماء الاعلام بعد العلم المخاطب بالشخص المسمى بهذا الاسم.

أقسام للمفهوم الكلي من حيث الطبيعة والماهية:

- أ. الذاتي: - وهو القائم بذاته في ماهيته وينقسم الى الجنس والفصل والنوع.
- ب. العرضي: - وهو القائم بغيره سواء كان عرضاً خاصاً كالضحك للإنسان او عرضاً عاماً كالتنفس لكل كائن حي كما في الايضاح الآتي: -
١. الجنس: وهو كلي ذاتي ينطبق على حقائق وماهيات مختلفة مندرجة تحته ويحمل عليها كالمحيوان الذي يشمل جميع الحيوانات وكالجريمة فهي اذا اطلقت تشمل جميع انواع الجرائم مثل السرقة والقتل وخيانة الامانة، وهتك العرض، والتجسس ونحو ذلك.
٢. الفصل: وهو كلي ذاتي وظيفته تمييز نوع من الانواع المندرجة تحت الجنس المشترك من سائر الانواع المشتركة معه في هذا الجنس كالناطق بالنسبة للإنسان فانه يشترك مع غيره في كونه كائناً حياً متحركاً بالإرادة. فاذا قيل الكائن الحي الناطق

بالطبع لا يشمل غير الانسان لان لفظ (الناطق) فصل يميزه من سائر الكائنات الحية.

٣. النوع: وهو كلي ذاتي مكون من جنسه وفصله ويحمل على جميع ما يندرج تحته من الأصناف المتفقة في الحقائق والماهيات والمختلفة في الصفات الخاصة بكل صنف ومشخصاته. كنوع التمر الذي تندرج تحته جميع اصنافه، والقتل فانه نوع من جنس الجريمة تندرج تحت مفهومه جميع اصناف القتل من القتل العمد العدوان، والقتل شبه العمد (الضرب المفضي الى الموت) والقتل الخطأ، والقتل بحق وغير ذلك من الاصناف الاخرى.

٤. الخاصة (او العرض الخاص): وهي كلي عرضي خاص بنوع من الانواع او صنف من الاصناف ويحمل عليها فيقال الانسان كاتب او ضاحك او نحو ذلك.

٥. العرض العام: وهو كلي عرضي اذا اطلق يشمل اكثر من نوع واحد او جنس واحد كالانماء وكالحركة اللاإرادية ونحوها.

وماهيات الاشياء تتكون من ذاتياتها (جنسها وفصلها) وتبين لنا من الاقسام المذكورة بعض الاخطاء القانونية الشائعة منها ما يأتي:

أ. الخلط بين النقود وغيرها في معايير التمييز بين المثلي والقيمي حيث عرف فقهاء الشريعة وعلماء القانون المثلي بأنه (ما يوجد له المثل في السوق بدون تفاوت يعتد به) كالتمر من صنف واحد، والمهنة من صنف واحد.^(١)

وعرفوا القيمي بأنه (ما لا يوجد مثله في السوق او يوجد لكن مع التفاوت للعتد به في القيمة)^(٢). كالسيارة والحيوان ونحوهما. مع ان معيار التمييز بين المثلي والقيمي في النقود هو ان مثل النقود ما يساويها صورة ومعنى. وصورة كل عملة واضحة واما معناها فعبارة عن قوتها الشرائية. وبناء على ذلك اذا انخفضت القوة الشرائية للعملة في بلد من بلاد العالم بسبب ظروف إستثنائية كالتضخم او إرتفعت بسبب الامن والاستقرار وزيادة كمية الرصيد في البنك او نحو ذلك تتحول هذه العملة من كونها مثلية الى قيميّة^(٣).

(١) على هذا الاساس اعتبروا النقود من صنف واحد من المثليات.

(٢) مجلة الاحكام العدلية المادتان (١٤٥ و ١٤٦)

(٣) ينظر مؤلفنا اصول الفقه في نسيجه الجديد ٢٣٠/٢ ومايليهما

ويرتقب على هذا التحول اعتبار قيمة العملة وقت القبض او وقت الالتزام.
وعلى سبيل المثال من تزوج امرأة على مهر مزجل مقداره مائة دينار عراقي وكان
قيمة الدينار وقت الزواج مثقالا واحدا من الذهب وبعد الفقرة بالوفاة او الطلاق
وحلول اجل دفع المهر يجب تقويم الدينار بقيمة يوم الزواج لا بقيمة وقت الفقرة. وقس
على ذلك جميع الديون الموزلة من النقود.

ب. الخلط الشائع بين الصنف والجنس واستعمال لفظ (الجنس) مكان (الصنف) كما في
الجنسية وهوية الاحوال المدنية والاستثمارات التي توزع في الدوائر لمعرفة هوية
منتسبها فيكتب في الحقل (الجنس) بدلا من الصنف علما بان الذكروالانثى صنفان
من نوع الانسان.

ج. خطأ فقهاء الحنفية في اعتبار المنافع اعراضا قائمة بالأعيان وتجدها بتجدد الزمان
وبناء قولهم على هذا الاساس بان المنافع غير مضمونة لانها تتجدد بتجدد الزمان
فهي ليست بأموال حتى يكون إتلاؤها موجبا للضمان^(١) لان المال عرف بانه (مايميل
اليه طبع الانسان ويمكن ادخاره الى وقت الحاجة منقولاً او غير منقول)^(٢). وهذا
القول من الحنفية خلط بين المنفعة والانتفاع فالانتفاع هو الذي يتجدد بتجدد الزمان
والمنفعة من الاعراض التي تستهلك ببطء مع مرور الزمان والاستعمال وهي طاقة
كامنة في ربة الاشياء النافعة فهي تستهلك بمرور الأيام.

د. تقسيم علماء القانون وفقهاء الشريعة للمنافع الى العامة والخاصة فاذا خصصت
اعيان للنفع العام كالمستشفيات الحكومية تكون المنفعة في نظرهم عامة واذا
خصصت للنفع الخاص كالدار المملوكة ملكية خاصة تكون المنفعة خاصة. وهذا ايضا
خطأ شائع فمنفعة الشيء التي هي طاقته الكامنة لا توصف بالعمومية والخصوصية
وهذا ايضا خلط بين المنفعة والانتفاع والثاني هو الذي يوصف بالعمومية والخصوصية
دور للمنفعة.

^(١) وبناء على هذا الاتجاه الحنفي اذا غصب شخص دار غيره وسكن فيها مدة ثم خرج منها
لايضمن اجره المثل لمنفعة الدار في تلك المدة.

^(٢) مجلة الاحكام العدلية / المادة (١٣٦)

النسب بين المفاهيم:

إذا قورن مفهوم مصطلح بمفهوم مصطلح آخر فلا تخلو النسبة المنطقية بينهما من احدى الأربع الآتية: -

١. المساواة: وهي ان يصدق كل من المفهومين على كل ما يصدق عليه المفهوم الآخر كالعقد الموقوف والعقد غير النافذ لمفهوم كل منهما هو إنعقاد العقد صحيحا مع عدم ترتب الآثار (الحقوق والالتزامات) إلا بعد إجازة عن له حق الأجازة كبيع ناقص الأهلية فإنه يتوقف في ترتب آثاره على إجازة وليه.
٢. التباين وهو ان لا يصدق مفهوم أي منهما على ما يصدق عليه المفهوم الآخر كالمجرم والجريء والعقد الصحيح والعقد الباطل.
٣. العموم والخصوص المطلق: - وهو ان يتحقق العام دائما اينما تحقق الخاص دون العكس الكلي كالجرمة والقتل يفيد حق. فكل قتل بدون حق جريمة ولكن ليست كل جريمة قتل لجواز ان تكون سرقة او هتك عرض او غيرها.
٤. العموم والخصوص من وجه: وهو ان يتمتع المفهومان معا وان يفترقا كالمال والحق الشخصي فهما خاصان من حيث اجتماعهما معا في شيء واحد كالدين المتعلقة بذمة المدين فهو مال وحق شخصي. وعامان من وجه انه قد يتمتع كل منهما مع غيره ففي الحق الميني^(١) يتحقق المال بدون الحق الشخصي، وفي تمتع كل من الزوجين بالآخر يتحقق الحق الشخصي بدون المال^(٢). وبناء على ما ذكرنا تكون مبادئ التصورات هي الكليات الخمس (الجنس والفصل والنوع والعرض الخاص والعرض العام)، ومتعلقاتها. ومن وجهة نظرنا المتواضع ان الكليات ليست بخمس كما ظن علماء المنطق وإنما هي ست والكلية السادسة عبارة عن (الصنف) وهو كلي ينطبق على ما يندرج تحته من الأفراد المستفيدين في الحقائق والمختلفين في الخواص والمشخصات كأصناف التمر فهي تندرج تحت نوع التمر ويندرج تحت هذه الاصناف أفراد التمر وهذا الصنف يعود الى الكليات الذاتية دون العرضية.

^(١) الحق الميني هو سلطة مباشرة لشخص معين على شيء معين دخوله حق التصرف والاستعمال والاستغلال والحيازة كحق الملكية.

^(٢) ينظر مؤلفنا المنطق القانوني في تصورات ص ٨٨

ثانياً: - مقاصد التصورات:

مقاصد التصورات عبارة عن تعريفات المصطلحات إما بذاتها (ماهياتها) كالتعريف بالجنس والفصل أو بالذاتيات مع العرضيات أو بالخواص العرضية والشقوقات المتصورة لهذه التعريفات من حيث المبادئ. التصورية التي تستخدم فيها أربعة:

١. الحد التام: - وهو تعريف المصطلح بمنحه وفصله القريبين كتعريف الجريمة بأنها عظمور معاقب عليه فالجزء الاول من هذا التعريف جنس يشمل الاعمال المحظورة سواء كانت جزائية أو مدنية. والجزء الثاني فصل يخرج الاعمال غير المشروعة المدنية التي توجب ضمان التعويض دون العقاب.

٢. الحد الناقص: - وهو تعريف المصطلح بمنحه البعيد وفصله القريب أو بالفصل فقط كتعريف الجريمة بأنها حدث معاقب عليه. فالحدث جنس بعيد يشمل الاحداث المشروعة وغير المشروعة. والتعريف بالفصل وحده كتعريف الجريمة بأنها معاقب عليها أو التعريف بالجنس والفصل اللذين مع اضافة خاصة من خواصه كتعريف الجريمة بأنها عظمور معاقب عليه ضد المصلحة العامة.

٣. الرسم التام: - هو تعريف الشيء بخاصة من خواصه مع جنسه القريب كتعريف الجريمة بأنها عظمور يضر بالمصلحة العامة أو بالجنس والفصل القريبين مع خاصة من خواصه كتعريف الجريمة بأنها عظمور معاقب عليه يرفضه الرأي العام.

٤. الرسم الناقص: - هو تعريف الشيء بخواصه لا بذاتياته كتعريف الملكية بأنها سلطة تفرل صاحبها حق التصرف والاستعمال والاستغلال والحياسة. أو تعريفه بخاصة من خواصه مع جنسه البعيد كتعريف الجريمة بأنها حدث يمتدئ به على حق عام.

شروط التعريف:

يشترط في كل تعريف حداً كان أوسعاً، تاماً لوناقصاً. شروط أهمها مايلي:

١. أن يكون المعرف والمعرف متعدين بالذات ومتغايرين بالاعتبار فإذا لم يكونا متعدين بالذات يكون تعريفاً بالمباين كتعريف الالتزام في المادة (٦٩) من القانون المدني العراقي القائم بأنه (رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب

بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حق عينيا أو يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل^(١١).

وهذا تعريف بالباين وهو باطل من وجهين: -

أحدهما: - أن الالتزام من مقولة الانفعال^(١٢) (المطالبة) بينما الرابطة القانونية من مقولة (الإضافة) أي نسبة مكررة بين الشئتين تصور أحدهما يتوقف على تصور الآخر فالرابطة علاقة أو نسبة بين الدائن والمدين تصور نسبتها إلى أحدهما يتوقف على تصور نسبتها على الآخر.

والثاني: - الالتزام صفة خاصة بالمدين والرابطة القانونية صفة مشتركة بين الدائن والمدين وهما متباينتان ذاتا واعتبارا فلا تعرف إحداهما بالأخرى.

والتعريف الصحيح للالتزام هو أنه: (تحمل أداء واجب طوعا أو كرها يتتبع عليه انشغال الذمة بحق للغير حتى ينقضي)^(١٣).

٢. يشترط أن يكون المرف (يكسر الرأ) أوضح من معرفه (بفتح الرأ) فلا يحوز تعريف الذمة بأنها (وعاء للحقوق والالتزامات) لأن هذا الوعاء ليس بأوضح من الذمة المالية.

٣. يشترط أن لا يتوقف كل منهما على الآخر فلا يحوز تعريف الالتزام بأنه (مجموع ما للانسان من الحقوق والالتزامات) لأنه لا يتصور وجود الحقوق والالتزامات بدون وجود الذمة المالية فلو توقف وجودها على هذا المجموع للزمست المصادرة على المطلوب^(١٤). وبالإضافة إلى ذلك لزم أن لا يكون للانسان الذي ليس له حين ولادته أي حق ولا عليه أي إلتزام أن لا تكون له الذمة المالية وهذا محالف للأجماع على أن الذمة المالية تولد مع ميلاد الانسان وتموت بموته. وإذا فسرت الحقوق والالتزامات بأنها تشمل ماتكون بالفعل أو بالقوة أي من شأنه أن يكون له الحقوق وعليه

^(١١) وقد نصت الفقرة الثالثة من هذه المادة على أنه (ويؤدى التعبير بلفظ الالتزام) ويافظ (للدائن) نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ (الحق الشخصي).

^(١٢) الانفعال هو تأثير شيء بشيء آخر كما أن الفعل هو تأثير شيء في شيء آخر فالإلتزام فعل والالتزام انفعال.

^(١٣) ينظر مؤلفنا نظرية الإلتزام برد غير المستحق ص ١٣٠ ومايلها.

^(١٤) أي للزم توقف الشيء على ما يتوقف عليه وهو يستلزم توقف الشيء على نفسه المستلزم لتقدم الشيء على نفسه واللازم باطل فكذلك الملزوم.

الالتزامات في المستقبل أي صلاحيته لها لزم الخلط بين الذمة المالية وأهلية الوجوب الكاملة^(١).

٤. أن يكون التعريف جامعاً أي شاملاً لجميع المراد معرفة فلا يجوز تعريف عيب الإرادة بالأكراه لأنه لا يشمل سائر عيوبها من غلط وتغريب واستغلال.

٥. أن يكون التعريف مانعاً من الاختيار بأن لا يدخل في التعريف ما لا يدخل في معرفه فلا يجوز تعريف القتل بأنه جريمة الاعتداء على الغير لأن هذا التعريف يشمل القتل وضيمه وكذلك لا يجوز تعريف العقد بأنه تصرف قانوني لأنه لا يكون مانعاً من دخول الإرادة المنفردة.

٦. أن لا يكون من قبيل تعريف الشيء بحكمه كتعريف المشرع العراقي^(٢) الطلاق الرجعي بأنه ما جاز للزوج مراجعة زوجته المطلقة أثناء عدتها منه. و تعريف الطلاق البائن بأنه لا يجوز مراجعة زوجته إلا بعقد جديد لأن القاضي إذا لم يعرف مقدماً كون الطلاق رجعياً أو بائناً لا يستطيع أن يحكم بهذين الحكمين فتعريف الشيء بحكمه باطل.

والتعريف الصحيح للطلاق الرجعي هو أنه (كل طلاق بعد الدخول بدون مقابل (عوض) على أن لا يكون للمرة الثالثة). والطلاق البائن هو (كل طلاق قبل الدخول أو بعده بعوض أو للمرة الثالثة).

^(١) وهي صلاحية الإنسان لأن يكون له الحقوق وعليه الالتزامات وهذا أيضاً باطل.

^(٢) في قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٦٩ المادة (٢٨)

المبحث الثاني

المنطق القانوني في التصديقات

التصديق كما ذكرنا عبارة عن الكفاية بصحة جملة خبرية^(١) موجبة كانت مثل (كل جريمة اعتداء على حق الغير) لوسالبة مثل (لا يملك الانسان التصرف في مال الغير بدون نيابة).

فالتصديقات كالتصورات لها مبادئ ولها مقاصد كما في الايضاح الآتي: -

اولاً: مبادئ التصديقات:

وهي مقدمات مسلمة لدى المستدل بها من شأنها أن تكون صادقة (مطابقة للواقع) أو كاذبة (غير مطابقة للواقع).

وهي إما بديهيات ثبوتها لا يحتاج الى دليل كالمتواترات والمجربات ونحوها أو نظريات المكتشفات العلمية الحديثة المكتسبة عن طريق النظر والاستدلال.

وهذه المقدمات أطلق عليها علماء المنطق مصطلح (القضايا) وعرفوا القضية بأنها: (قول يشمل الصدق والكذب)^(٢) وأثرت تعبير (المقدمة) على (القضية) لأنها مقصودة لالذاتها وإنما لتصبح مقدمة من مقدمات الأدلة العقلية المنطقية ثم إن للقضية مفهوماً آخر في العصر الحديث غير المفهوم المنطقي في المقدمة والقضية إما عملية أو شرطية، و العملية إما محصورة أو طبيعية أو كلية أو جزئية أو مهمة.

والشرطية إما متصلة أو منفصلة، والمتصلة أمالزومية أو اتفاقية والمنفصلة إما حقيقية أو مائعة المجمع أو مائعة المخلو كما في الايضاحات الآتية: -

^(١) التعبير عن الجملة الخبرية عند علماء المنطق تعبير مجازي لان المنطق يتعامل مع الافكار لا مع الالفاظ، فالالفاظ مقصودة لغيرها لالذاتها أي أنها يبحثها علم المنطق من حيث دلالتها على المفاهيم.

^(٢) تهذيب المنطق للعلامة سعد الدين التفتازاني بشرح الفيضاني للعلامة الشيخ هبيدالله بن فضل الفيضاني لسنة ١٩٦٥/ص ٣٣.

أ- العملية: - جملة خبرية مكونة من جزئين يحمل احدهما (الجزء الاخر غالبا) على الآخر (الجزء الأول) فالأول يسمى موضوعا أو (مسندا إليه) والثاني يسمى محمولا أو (مسندا) لانه يحمل على الموضوع إما إيجابا مثل (الاصل براءة الذمة) أو سلبا مثل (لا ينعقد عقد عديم الأهلية).

اقسام الحملية:

تنقسم القضية الحملية من حيث الموضوع والكم^(١) الى الأقسام الخمسة الآتية: -

١. مخصوصة (شخصية): - اذا كان موضوعها شخصا معينا كأن يقال خالد متهم.
 ٢. طبيعية: - اذا كان موضوعها ماهيه لا ينظر فيها الى الأفراد كأن يقال (البيئة أقوى من القرينة).
 ٣. كلية: - اذا كان المنظور إليه في الموضوع هو الافراد كليا مثل (كل انسان فان).
 ٤. جزئية: - اذا كان الماخوذ من الموضوع بعض الأفراد مثل (بعض الناس يخالفون القانون).
 ٥. مهمة: - اذا كان الموضوع أفراداً لم تبين كميتهم لا كلا ولا بعضا مثل (اناس لا يستخدمون العقل في التعامل مع الغير).
- ب- الشرطية: - وهي مكونة من جملتين إحداها تسمى شرطا لتوقف الاخرى عليها، والثانية تسمى جوابا أو (جزاء)
- اقسام الشرطية: - متصلة ومنفصلة
- أ. للتصلة: - هي التي تتكون من جملتين إحداها شرط لوجود الاخرى وهي قسمان: -
 ١. لزومية: - إذا كانت إحداها لازمة للآخرى لوجود علاقة بينهما بحيث تجعل احداها بمثابة علة للآخرى كان يقال (اذا كان الماء موجودا على سطح المريخ كانت الحياة موجودة) ومثل (لو ثبتت التهمة للزمت إدانة المتهم).
 ٢. إتفاقية: - وهي التي لا يكون اجتماعها مبنيا على علاقة تجعل احداها علة والاخرى معلولة وإنما يكون الاجتماع مبنيا على الصدفة.

^(١) أي بالكلية مثل (كل إنسان ناطق) أو الجزئية مثل (بعض الانسان كاتب).

كالاتحاد بين الصفات الانثروبولوجية وبين الصفة الجرمية للجندي الايطالي الذي قتل في ساحة التدريب فجأة ولسبب تافه ثمانية من رؤسائه ورفاقه من الجنود.

وقد ربط لومبروزو الطبيب الايطالي^(١) في استنتاجاته من دراسة بعض صفات الانسان بين بعض الصفات الظاهرة له وبين كونه مجرماً بالطبع كصغر الجمجمة عند مجرمي السرقات وكالصلوات بين الانحناءات والالتواءات والأخايد في هجاء الانسان ونحو ذلك وبين كونهم مجرمين بالطبع^(٢).

ومن الصفات التي اعتبرها لومبروزو من مظاهر الانسان المجرم بالطبع: سعال الفك، والأذن العريضة، وسعة محاجر العينين، والنظر الحاد، وانحدار الجبهة الى خلف الرأس بشكل يجعل القسم الأسفل من الرأس غير متناسب مع بقية الرأس، وارتفاع عظام الجبهة، والأنف المنبسط قليلاً المنحدر الى اسفل بشكل قوسي، وسعة المنخرين ونحو ذلك^(٣).

وانتقد هذا الاتهام بأن العلم الحديث اثبت انه ليس لأية صفة من الصفات الجسمية او التشريعية قوة في حد ذاتها ان تكون اساساً للنزعة الاجرامية.

والواقع ان الاتصال بين هذه الصفات وبين كون اصحابها من المجرمين بالطبع من باب الصدفة ولا يوجد التلازم بينهما لأن الواقع اثبت ان هنالك كشيئاً ممن يتصفون بهذه الصفات لا اعتراض على سلوكهم وحسن نواياهم وتصرفاتهم حين احتكاكهم بغيرهم.

ب. الشرطية المنفصلة: -

وهي مقدمات (قضايا) يحكم فيها العقل بالتنافي او عدم التنافي بينها وهي ثلاثة اقسام: -

١. المنفصلة الحقيقية: - وهي التي يحكم فيها بالتنافي بين المقدمتين فاكتر وجودا وعندما كما في المادة (٦٧) من القانون المدني الاردني القائم التي نصها (يكون الحق شخصياً او عينياً او معنوياً) وفي ميزان المنطق هذا النص

(١) ولد لومبروزو في مدينة بافيا بايطاليا سنة ١٨٢٨.

(٢) ينظر نظريات علم الاجرام الاستاذ عبد الجبار عروم المرجع السابق ص ٦٤ وما يليه.

(٣) المرجع السابق ص ٦٦.

القانوني يعتبر قضية منفصلة حقيقية لا يمكن الجمع بين هذه الاقسام في محل واحد اذا اريد بالحق معناه العام الشامل للجانب المالي وقيمة المالي ولا يظفر في نفس الوقت من واحد منها.

٢. المنفصلة مانعة الجمع: - وهي التي يكون التنافي فيها في الجمع معا في كل واحد لاني اخلو معا كان يقال هذا القتل اما مقتن بظرف مشدد او بظرف مخفف فالطرفان لا يجتمعان باعتبار واحد معا للتنافي بينهما لكن قد يتخلفان معا بان يكون القتل بسيطا غير مقتن بظرف مشدد ولا بظرف مخفف كما في المادة ٤٠٥ من قانون العقوبات العراقي القائم التي نصها (من قتل نفسا عمدا يعاقب بالسجن المؤبد او المؤقت).

٣. المنفصلة مانعة اخلو: - فيجوز الجمع بين المقدمتين لكن لا يجوز اخلو عنهما معا كأن يقال للمتهم إما ان يكون مجرما او لا يعاقب فيجوز ان يكون مجرما وفي نفس الوقت لا يعاقب لوجود مانع من موانع المسؤولية الجزائية كالجنون وعدم التمييز او من موانع العقاب كإيقاف التنفيذ لكن لا يجوز اخلو من كليهما والا للزام ان لا يكون مجرما ويعاقب وهذا ما لا يقدره اي قانون في العالم وكما في المادة (٣٩٥) من مشروع القانون المدني العراقي (لا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع عن العقد ولا تعديله الا بمقتضى نص القانون او باتفاق الطرفين) فهذا النص قضية منفصلة مانعة اخلو فلا يجوز الرجوع او التعديل الا بالتراضي او النص القانوني ولكن يجوز الجمع بينهما بان يتم الاتفاق الرضائي الى جانب النص القانوني.

التناقض بين المقدمات (القضايا):

عرف علماء المنطق التناقض: بأنه (اختلاف قضيتين بحيث يلزم لذاته^(١) من صدق كل^(٢) كذب الاخرى وبالعكس^(٣)) وينبغي على هذه الحقيقة للتناقض ان المتناقضين أنه لا يجتمعان

(١) اي لذات الاختلاف

(٢) اي كل من القضيتين

(٣) اي يلزم من كذب كل صدق الاخرى. ينظر تهذيب المنطق المرجع ص ٥٤

معا ولا يرتفعان معا. ويشترط لتحقق التناقض وحدة المتناقضين في تسعة امور واختلافهما في ثلاثة امور:

أ- الوحدة في الامور التسعة الاتية:

١. وحدة الموضوع: اي المحكوم عليه او المسند اليه فلا تناقض بين (عقد كامل الاهلية صحيح) و (عقد عديم الاهلية باطل) لعدم وحدة الموضوع.
٢. وحدة المحمول: فلا تناقض بين (عديم الاهلية يسأل مدنيا) و (عديم الاهلية لا يسأل جزائيا) في حالة إلحاق الضرر بالغير.
٣. وحدة الزمان: فلا تناقض بين (المبيع في ضمان البائع) اي قبل التسليم و (المبيع ليس في ضمان البائع) اي بعد التسليم.
٤. وحدة المكان: فلا تناقض بين (يسرى قانون العقوبات العراقي على الجرائم التي ترتكب) اي في اقليم العراق و (لايسرى على الجرائم التي ترتكب) اي خارج العراق.
٥. وحدة الشرط: فلا تناقض بين (المتهم يعاقب) اي بشرط ثبوت التهمة للموجهة اليه و (المتهم لايعاقب) اي بشرط براءته من التهمة. ومثل (القانون القديم يطبق) اي اذا كان لصالح المتهم و (القانون القديم لا يطبق) اي اذا كان الجديد من صالح المتهم.
٦. وحدة الاضافة: فلا تناقض بين (المتهم يدان) أي بالنسبة الى الجريمة التي ارتكبها و (المتهم لايدان) أي بالنسبة للجريمة التي لم يشبث ارتكابها منه.
٧. وحدة القوة والفعل: - فلا تناقض بين (المجنين له شخصية قانونية) أي بالقوة وبالامكان و (المجنين ليس له شخصية قانونية) أي بالفعل قبل ولادته.
٨. وحدة الكل والبعض: - فلا تناقض بين (المطلقة تستحق المهر كله) كما اذا طلقت بعد الدخول و (المطلقة لا تستحق للمهر بعضه) كما اذا طلقت قبل الدخول.
٩. وحدة القوة الانزامية: - فلا تناقض بين آية قرآنية وحديث الاحاد عند التعارض لعدم تكافئها حيث تقدم الاولى على الثانية وكذا لاتناقض بين القاعدة القانونية والقاعدة الدستورية حين التعارض لان الثانية تقدم على الاولى. وكذا لاتناقض بين القاعدة القانونية و (القرار الاداري لان الاولى تقدم حين التعارض.

ب- الاختلاف في ثلاثة أمور:

- ١- الاختلاف في الكيف (الايصاب والسلب) في علم المنطق والوجوب والجواز والتحرير أو الصحة والبطلان وهو ذلك في الشرع والقانون. فلا تناقض بين عدم وجوب الوصية للوارث وجوازها.
- ٢- الاختلاف في الكم: - بأن يكون احدهما كلياً والآخر جزئياً فلا تناقض بين كليتين لجواز كذبهما معا مثل (كل حي انسان، ولاشيء من الانسان بمسي) فهما كاذبان ولا تناقض بينهما.
- ٣- الاختلاف في الجهة: - فلا تناقض بين (كل انسان كاتب) أي بالامكان و (كل انسان ليس بكاتب) أي بالضرورة. وجدير بالذكر ان علماء القانون خلطوا في شروحهم بين التعارض والتناقض واستعملوا كثيرا التناقض بدلا من التعارض مع انهما مختلفان فالمتعارضان يجوز الجمع بينهما في بعض الحالات وقد يرجع احدهما على الآخر في حالات اخرى فاذا لم يمكن الجمع والترجيح يعتبر للتأخر منهما ملفيا للمتقدم في تشريعه وهذا مايسس (الالغاء الضمني).

ثانيا: مقاصد التصديقات:

مقاصد التصديقات هي: الاقيسة العقلية^(١). والقياس العقلي عرفه علماء المنطق بأنه قول مؤلف من قضاياء (مقدمات) يلزمه لذاته قول اخر^(٢).

اقسام القياس العقلي اثنان استثنائي وقرائي.

لولا: القياس الاستثنائي العقلي: - وهو الذي تكون نتيجته مذكورة فيه بمادتها^(٣)، وهيئتها^(٤). وهو قسمان اتصالي وانفصالي.

^(١) هناك فرق بين الاقيسة الشرعية و الاقيسة العقلية. والقياس الشرعي الحاق جزئي لم يرد بشأنه نص خاص بجزئي اخر ورد فيه نص خاص لاشتراكها في علة الحكم. مثل الحاق حرمان الموصى له القاتل للموصى بالوارث القاتل لمورثه ولعلة المشتركة بينهما حماية ارواح الابرياء.

^(٢) أي النتيجة.

^(٣) أي طرفيها.

^(٤) أي صورتها.

١- القياس العقلي الاتصالي: - شرطية متصلة مكونة من مقدمتين تسمى اولاهما (المقدم) والثانية تسمى (التالي).

وابتات المقدم ينتج اثبات التالي ونفي التالي ينتج نفي المقدم^(١). وعلى سبيل المثل اذا قيل: لو ثبت التهمة لاستحق المتهم الادانة لكنها ثبتت ينتج استحق المتهم الادانة. واذا قيل لكنها لم يستحق الادانة ينتج انه لم تثبت التهمة.

٢- الاستثنائي العقلي الانفصالي: - وهو كما بينا سابقا ثلاثة اقسام:

١- منفصلة حقيقية (مانعة الجمع ومانعة الخلو): - فأثبت كل من جزئيه ينتج نفي الاخر ونفي كل منهما ينتج اثبات الاخر لان المنفصلة الحقيقية مكونة من الشيء ونقيضه أو المساوي لنقيضه.
والنقيضان لا يتجمعان ولا يرتفعان.

٢- مانعة الجمع فقط: - اثبات كل واحد من جزئيه ينتج نفي الاخر لعدم جواز جمعها.

٣- مانعة الخلو فقط: - فنفي كل من جزئيه ينتج ثبوت الاخر لعدم جواز خلوها معا.

ثانيا: القياس العقلي الاتقائي: - وهو الذي لا تذكر فيه النتيجة بمادتها و هيئتها وهو قسنان حملي وشرطي.

القسم الاول: الاتقائي الحملي: وهو الذي يتكون من مقدمتين حمليتين مثل:

<u>الانسان عاقل</u>	<u>وكل عاقل مسؤول عن تصرفاته</u>	<u>الانسان مسؤول عن تصرفاته</u>
المقدمة الصغرى	المقدمة الكبرى	النتيجة

^(١) المشققات المتصورة اربعة: اثبات المقدم ونفيه واثبات التالي ونفيه لكن نفي المقدم لا يستلزم نفي التالي واثبات التالي لا ينتج اثبات المقدم والسر في ذلك ان التالي في القياس العقلي الاتصالي لازم للمقدم واللازم قد يكون عاما يجتمع مع هذا الملزوم ومع ملزوم اخر فنفي الملزوم الخاص لا يستلزم نفي لازمه العام لجواز تحققه مع ملزوم اخر وكذا اثبات اللازم العام لا يستلزم اثبات ملزومه الخاص. وعلى سبيل المثل الطاقة الحرارية عامة ملزومها قد يكون نارا وقد يكون اشعة الشمس وقد يكون الكهرباء وقد يكون غير ذلك فاثبات وجود الطاقة لا يستلزم وجود الكهرباء كما أن نفي الكهرباء مثلا لا يستلزم نفي الطاقة لجواز اجتماعها معا ملزوم اخر.

يتضمن هذا القياس مايلي: -

١. المطلوب أو النتيجة (كل انسان مسؤل عن تصرفاته) فمن حيث انه مقدم في التصور يسمى مطلوبا وهدفا وضررا. و من حيث انه مؤخر في الالبيات يسمى نتيجة وغاية وعند الفلاسفة يسمى فلسفة.

٢. البرهان: - وهو الدليل العقلي المكون من مقدمتين عمليتين.

٣. الحد الاصغر: - وهو موضوع المطلوب (الانسان) وسمي به لانه اصغر افرادا غالبا.

٤. الحد الاكبر: - عمول المطلوب (مسؤل عن تصرفاته) سمي به لانه أكثر افرادا غالبا.

٥. الحد الأوسط (حافل): - متكرر وتوسط بين الحد الاصغر والحد الاكبر لذا سمي الحد الاوسط.

٦. الصفري: - هي المقدمة الاولى سميت بها لاشتغالها على الحد الاصغر.

٧. الكبرى: - هي المقدمة الثانية سميت بها لتضمنها للحد الاكبر. وسمي مثل هذا القياس قياسا اقترانيا لاقتران الحدود الثلاثة فيه (الحد الاصغر والحد الاكبر والحد الاوسط).

وللمثال المذكور من تطبيقات القياس الاقتراني يسمى الشكل الاول^(١).

شروط انتاج الشكل الأول:

يشترط لانتاج الشكل الاول نتيجة يعتمدها شروط ثلاثة وهي: -

١. أن تكون المقدمة الصفري موجبة لاسالية.

٢. أن تكون موجودة بالفعل لا بالامكان.

٣. أن تكون المقدمة الكبرى كليا لاجزئيا.

القسم الثاني: القياس الاقتراني الشرطي: وهو الذي يتكون من الشرطيات المحضة أو من الشرطيات والحمليات ولعدم وجود المجال في هذا المبحث نكتفي بذكر نموذج من تطبيقات النوع الاول وهو ما يأتي:

^(١) للقياس الاقتراني أربعة اشكال: الاول هو الذي يكون الحد الاوسط محمولا في الصفري وموضوعا في الكبرى كالمثال المذكور اعلاه، وفي الثاني يكون الحد الاوسط محمولا فيهما وفي الثالث يكون موضوعا فيهما وفي الرابع يكون عكس الاول أي موضوعا في الصفري ومحمولا في الكبرى. واعملت الاشكال الثلاثة الباقية وشروطها لعدم وجود المجال من جهة ولان الشكل الاول هو الرئيس من بين هذه الاشكال لان للمبينة تعاد اليه لغرض الانتاج المقنع.

ان كان الانسان مدينا فالالتزام موجود
وكلما كان الالتزام موجودا يجب الوفاء به
ينتج اذا كان الانسان مدينا يجب الوفاء به.

القياس الجهماني: وهو قياس تكون مقدماته جميعها يقينية وينقسم الى البرهان اللسي
والبرهان الانبي.

البرهان اللسي: وهو الاستدلال بالسبب (المؤثر) على المسبب (الاثر) كاستدلال اطباء
المختصين بالبكتريا والطفيليات الموجودة في دم المريض بعد اكتشافها بالتحليل في المختبرات
على تشخيص نوع المرض المصاب به المريض (صاحب الدم). و كاستدلال الطبيب العدلي
بالوسائل المستعملة في تنفيذ الجريمة على التمييز بين كون الجريمة من اثر عمل اجرامي من
الغير أو من اثر عمل انتحاري من الضحية نفسها.

البرهان الانبي: وهو الاستدلال بوجود المسبب (الاثر) على وجود السبب (المؤثر)
كالاستدلال بأثار الجريمة بالطرق العلمية الحديثة على كشف الجريمة وتحديد الشخص الجاني
ومن تطبيقاته في التحقيقات الجنائية استدلال أهل الحجة بأثار البصمات او اثار الاسلحة
النارية أو أثار الحريق العمد أو أثار الاقدام أو الآلات أو الاطارات أو الانسجة أو الشعر أو
البقع الدموية أو السائل المنوي أو البول أو اللعاب أو نحوه لك. فهذه الاثار ونظائرها يستدل
بها على أثبات الجريمة أو تشخيص الجاني. وجدير بالذكر أن نتيجة القياس العقلي تابعة
لأخص مقدماته. فإذا كانت إحدى المقدمات ظنية تكون نتيجة القياس ظنية. وإذا كانت
سلبية تكون النتيجة سلبية. وإذا كانت جزئية تكون النتيجة جزئية.



الفصل السابع

المنطق القضائي

المنطق القضائي هو رعاية القاضي لقواعد المنطق في كسب المجهول (الحكم العادل) من المعلومات التي تقدم له قبل واثناء المرافعات القضائية من رفع الدعوى الى المنطق بالحكم واكتسابه درجة البتات، ورعاية القواعد المنطقية تكون ضرورية في ترجيح الادلة والبيانات المتعارضة، وفي اقتناع القاضي بما يطمئن اليه قلبه ثم مواجهة الطعون القضائية وبناء على ذلك توزيع دراسة هذا الموضوع على ثلاثة مباحث يخصص الاول للتعريف بالترجيح والمرجعيات، والثاني للاقتناع المكتسب من الادلة المقنعة، والثالث لمواجهة الطعون القضائية.



المبحث الأول

الترجيح والمرجحات

الترجيح هو تقوية دليلين ظنيين من النصوص والبيئات والقرائن بمسرح قانوني على الآخر للعمل بالراجع و أعمال المرجح. والترجيح عمل اجتهادي يعتمد على سند قانوني يستند اليه القاضي في الترجيح لحصوله على القناعة بالراجع ثم الحكم بمقتضى ما يصل اليه ويطمئن اليه قلبه.

شروط الترجيح:

من اهم شروط الترجيح مايلي: -

١- قابلية الادلة للترجيح ولا يحتاج القاضي الى عملية الترجيح الا في حالات قيام المعارضة بين الادلة الظنية ذات الصلة بالموضوع المتنازع فيه ولا يحتاج القاضي الى البحث عن المرجحات في حالات التعارض بين دليلين قطعيين لان التعارض في هذه الصورة يرادف التناقض وصدق أحد المتناقضين يستلزم كذب الآخر وكذلك صحة احدهما تستلزم بطلان الآخر وهما لا يجتمعان ولا يرتفعان فعلى القاضي في حالة التناقض بين نصين ان يعتبر المتأخر منهما تشريعا ملغيا للنص المتقدم فالتعارض لايقوم بينهما بعد العلم بتاريخ التشريع.

وكذلك لايقوم التعارض بين دليل يقيني ومادونه من الظنيات والأدلة المشكوك فيها والموهومة فلا يحتاج القاضي في هذه الحالات الى البحث عن المرجح لان اليقين مقدم تلقائيا لذاته على غيره مما هو اقل منه قوة من النصوص والبيئات.

وكذا التعارض بين نص دستوري ونص قانوني فعلى القاضي أن يترك العمل بكل نص غير دستوري دون البحث عن المرجح.

ر قل مثل ذلك في التعارض بين القانون والتعليمات الوزارية.

٢- أهلية القاضي للترجيح لانه عملية اجتهادية لا يتمكن كل شخص أن يقوم بها مالم تتوفر فيه أهلية الاجتهاد وعقلية الموازنة بين الادلة وبين البيئات، فالأهلية مطلوبة

ولو كانت في بعض القضايا دون بعض ولا يشترط أن يكون مجتهدا مطلقا في كل موضوع وفي جميع المجالات.

٣- وجود سلطة تقديرية للقاضي في تقويم أدلة الإثبات المقدمة من الخصوم في الدعاوى فيجب أن يكون محولا قانونا للقيام بعملية الموازنة والترجيح مقدما.

٤- وجود مرجع يعتد به ويمكن استخدامه في ترجيح أحد المتعارضين على الآخر.

الترجيح والمصطلحات ذات الصلة:

هناك بعض المصطلحات لها صلة بالترجيح ولكنها ليست بترجيح في الحقيقة والواقع ومنها مايلي:

أولا: الافتراض القانوني: - وهو يقوم على أساس افتراض مخالف للواقع وهذا الافتراض أما قضائي أو قانوني والاول لا يعتد به غالبا في الاعمال القضائية بخلاف الثاني.

١- الافتراض القضائي: - ومن تطبيقاته افتراض القضاء الفرنسي خطأ صاحب المعمل أو المصنع بعد قيام الثورة الصناعية الأوروبية لفرض تعريض العامل المصاب بعمالة مستديمة حين إستخدامه للأجهزة التكنولوجية المستعملة في المعمل أو المصنع لحكم القضاء الفرنسي بالتعويض كان مبنيا على أساس المسؤولية التقصيرية التي عناصرها خطأ صاحب المعمل الافتراضي والضرر الذي أصاب العامل وعلاوة السببية بينهما. وهذا الافتراض يسمى في علم المنطق (السفطة) وهي القياس المركب من الوهميات والمخيالات والفرض منه تغليب الخصم وإسكاته^(١) وعند الفلاسفة يسمى (الحكمة الموهومة)^(٢) وإذا علم المستدل بفساد هذا الدليل يسمى (مغالطة).

وهذا الافتراض ليس من باب المسؤولية التقصيرية كما زعم القضاء الفرنسي وإنما هو من باب مبدأ (الفرم بالغنم) كما أقرته الشريعة الإسلامية فغنم (ربح) المعمل أو المصنع يكون لصاحبه لذا يكون غرمه (ضمانه) عليه فيجب عليه تعويض العامل المضور الذي ساهم في تكوين الربح وهذه القاعدة نعية وليست

^(١) البرهان للكلينيوي / المرجع السابق / ص ٣٩٨.

^(٢) المعجم الفلسفي / د جميل صليبا / ١/ ٦٥٨

إجتهادية وردت على لسان الرسول (ﷺ) ونقلت بتعابير مختلفة^(١).

ب- الافتراض القانوني: - وهو الذي يفترضه القانون كافتراض الشخصية المعنوية التي أقرها القوانين الوضعية في دول العالم ومنها القانون المدني العراقي القائم في المادة (٤٧) وهذا الافتراض ضروري بالنسبة لاستمرارية العلاقات الدولية وبالنسبة للحقوق والالتزامات المالية الداخلية والدولية.

أما بالنسبة للقضايا الجزائية فلا تنسب المسؤولية الجزائية الى الشخص المعنوي وإنما يسأل الشخص الطبيعي الذي يمثل الشخص للمعنوي لان مناه هذه المسؤولية هو العقل وهو مفقود في الشخص الافتراضي.

ثم إن العقوبات المقررة في القوانين للجرائم التي ترتكب لا يتصور تطبيقها بالنسبة للشخص المعنوي بأستثناء الغرامات المالية. وهذا بخلاف الترجيح لاختلافهما في الحقيقة والمضمون.

ثانياً: - الترجيح وتسبب الاحكام: - تسبب الاحكام عبارة عن بيان ما أقتنع به القاضي من الأسس والاسانيد العقلية والقانونية والحجثيات والبواعث وبالتالي حكمه بما أطمئن إليه قلبه.

وتسبب الاحكام كالترجح يعد ضماناً أساسياً لتطبيق الحكم العادل ولكن بينهما فروق جوهرية ومنها: -

١. القاضي ملزم بالتسبب بخلاف الترجيح فعليه بيان الوقائع الاساسية التي إستند اليها في حكمه ويلتزم بأن يشع الى الأدلة والمستندات التي اقتنعه بصحة ماأختره من الحكم الذي أصدره في الموضوع.
٢. في تسبب الاحكام يبين القاضي ماأقتنع به من الادلة الواقعية بينما في الترجيح لا يلزم القاضي ببيان مصادر إقتناعه.
٣. في تسبب الاحكام السلطة التقديرية للقاضي مقيدة حيث يتعين عليه ان يبين مصادر إقتناعه بينما السلطة التقديرية في ترجيح الادلة والبيانات تكون مطلقة فالقاضي غير ملزم ببيان نشاطه الذهني.

^(١) منها ما جاء في مجلة الاحكام العدلية (٨٥) من تعبير (الخراج بالضمان) واستعمل الفقهاء تعابير أخرى منها (النعمة بالنعمة) و (النقمة بالنقمة).

ثالثاً: ترجيح الاحكام وترجيح الأدلة:

وجه التشابه بينهما هو أن ترجيح أحد الحكمين على الآخر يعد عنواناً للحقيقة القضائية على أساس مطابقتها للواقع وهذا يستلزم تسبيب القرار القضائي المبني على ترجيح الأدلة أيضاً لكنهما يختلفان من أوجه منها: -

١. من حيث سلطة الترجيح: - ترجيح الاحكام من اختصاص الهيئة العامة لمحكمة التمييز^(١) ولا يجوز لمحكمة الموضوع أن تطلب هذا الترجيح. بينما الترجيح بين الدليلين يكون من اختصاص محكمة الموضوع.
٢. من حيث كون الترجيح سبباً للطعن: - الترجيح بين الأدلة يصلح أن يكون سبباً للطعن تمييزاً فقط دون تصحيح القرار التمييزي^(٢). بخلاف ترجيح الأدلة^(٣).
٣. قرار الترجيح بين الأدلة ينبغي أن يكون مسبباً بخلاف الترجيح بين الاحكام^(٤).
٤. الترجيح بين حكمين لا يتم إلا إذا توافرت شروط الدفع بمجعية الاحكام وهي وحدة المحكوم ووحدة الموضوع ووحدة السبب، فالحكم السابق الذي اكتسب درجة البتات يرجع على الحكم اللاحق إذا نصت الدعويان على ذات الحق^(٥). بخلاف الترجيح بين الأدلة فإن تلك الشروط غير ضرورية.

رفع التعارض بين الأدلة:

يحتاج القاضي إلى استخدام قواعد المنطق في رفع التعارض بين النصوص القانونية وفي ترجيح البيانات المتعارضة وفي كسب المجهول (الحكم العادل) من المعلومات التي تقدم له قبل وأثناء المرافعات القضائية من رفع الدعوى إلى إصدار الحكم كما في الايضاحات الآتية: -

(١) المادة (٢١٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي للقائم (وتفصل الهيئة العامة لمحكمة التمييز في هذا الطلب وترجع أحد الحكمين وتأمّر بتنفيذه دون الحكم وذلك بقرار مسبب.)

(٢) م (١/٢٠٣) قانون المرافعات المذكور.

(٣) م (٤/٢٠٣) قانون المرافعات الانف للذكر.

(٤) م (٨٢) قانون الاثبات العراقي للقائم.

(٥) قرار محكمة التمييز المرقم ٢١٤ /موسوعة لولى ٨٨/ في ١٩٨٨/٦/٢٩.

لأولاً: - رفع التعارض بين النصوص:

إستعمال القواعد المنطقية في رفع التعارض بين النصوص القانونية المتعارضة.
وفي ميزان المنطق يجب على القاضي في رفع التعارض بين النصوص إتباع التسلسل المنطقي الآتي: -

أ. محاولة الجمع بين النصين المتعارضين ظاهراً إذا أمكن الجمع كما في الجمع بين المادة السابعة من قانون الأحوال الشخصية القائمة^(١)، التي نصها (يشترط في تمام أهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشرة من العمر). وبين المادة (٣٩٨) من قانون العقوبات العراقي القائم^(٢)، التي نصها (إذا عقد زواج صحيح بين مرتكب إحدى الجرائم الواردة في هذا الفصل^(٣) عذ ذلك عذراً مخففاً لغرض تطبيق أحكام المادتين (١٣٠ و ١٣١ منه)^(٤). وهذا الجمع يكون بحمل الشرط الواردة في المادة (٧) من قانون الأحوال الشخصية على شرط اللزوم دون شرط الاعتقاد أو الصحة. فالزواج في سن أقل من ثمانى عشر سنة يعطى الحق للزوجة أو الزوج بعد البلوغ فسخ الزواج إذا تم الزواج في وقت كانت السن أقل من المدة المحددة في هذه المادة ولم يتوفر الرضا باستمرارية الزواج بعد البلوغ والدخول في سن الرشد.

ب. محاولة ترجيح العمل بأحد النصين المتعارضين على العمل بالنص الآخر لمراجع مقبول في القانون والشرع. وعلى السبيل للمثل إذا كان أحد النصين في قانون عام ونص آخر في قانون خاص يرجح العمل بالخاص على العمل بالعام كترجيح العمل بالمادة (١٧) من قانون إيجار العقارات التي تقضي بتجديد عقد الإيجار تلقائياً دون حاجة إلى رضى المؤجر مادام للمستأجر مستتراً على دفع بدل الإيجار. نص المادة (لا يجوز للمؤجر أن يطلب ترقية العقار الخاضع لأحكام هذا القانون (إلا لأحد الأسباب الآتية)^(٥)، ويرجح العمل بهذه المادة على المادة

(١) رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

(٢) رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩

(٣) ومنها جريمة الاغتصاب إذا كان سن المجنى عليها أقل من ثمانى عشر سنة.

(٤) هاتان المادتان تتناولان الأعذار المعفية والأعذار المخففة.

(٥) ينظر تنمة المادة من فقرة (م) من قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٧٧١) من القانون المدني العراقي القائم^(١١)، التي نصها (إذا انقضى عقد الإيجار وجب على المستأجر أن يغلي المأجور للمؤجر في المكان الذي تسلمه فيه إذا لم يحدد الاتفاق أو العرف مكاناً آخر).

ج. إذا لم يمكن الجمع ولا الترجيح بالنسبة للنصين المتعارضين بأن يكونا متناقضين يستلزم صدق أحدهما أو صحته كذب الآخر أو بطلانه ففي هذه الحالة على القاضي أن يلجأ إلى الإلغاء الضمني للنص السابق تشريعاً بالنص اللاحق. كما في إقرار إلغاء المادة (٦٤) من قانون العقوبات العراقي القائم التي نصها (لاتقام الدعوى الجزائية على من لم يكن وقت ارتكاب الجريمة قد أتم السابعة من العمر)^(١٢)، بالمادة (٤٧/أولاً من قانون رعاية الأحداث)^(١٣)، التي نصها (لاتقام الدعوى الجزائية على من لم يكن وقت ارتكاب الجريمة قد أتم التاسعة من عمره) وتبقى الفقرة الثانية من المادة (٩٧) من القانون المدني العراقي القائم التي نصها (وسن التمييز سبع سنوات كاملة) حصراً في القضايا المدنية فبالنسبة إليها يعتبر مميّزاً إذا أكمل السابعة من العمر. ففي القضايا الجزائية تكون سن التمييز في التشريعات العراقية اكتمال التاسعة من العمر فإذا إرتكب من دون هذه السن جريمة لايسأل جزائياً لأن الصغر (عدم التمييز) من موانع المسؤولية الجزائية كالجنون ومن في حكمه فلا تقام عليه الدعوى.

ثانياً: رفع التعارض بين البيئات:

من المرجحات القواعد القانونية والفقهية الآتية:

١. إذا تعارض الظاهر والباطن يعمل بالثاني ما لم يتم دليل على خلاف ذلك عملاً بقاعدة (الأمر بمقاصدها)^(١٤) أي أن الذي يترتب على أمر يكون على أساس مقتضى ماحو المقصود من هذا الأمر.

(١١) رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(١٢) المفهوم المخالف لهذه المادة هو أن من أكمل السابعة من عمره يسأل جزائياً إذا إرتكب جريمة وتقام عليه الدعوى لاكتسابه الأهلية الجزائية بمقتضى هذه المادة.

(١٣) رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٢ المعدل.

(١٤) مجلة الأحكام العدلية /م ٢ و٢٠ و٩ و١١ و٣٤ و٣٦ و٣٧ و٤٠ و٤١ و٤٢ و٤٣ و٤٤ و٤٥ و٤٦ و٤٧ و٤٨ و٤٩ و٥٠ و٥١ و٥٢ و٥٣ و٥٤ و٥٥ و٥٦ و٥٧ و٥٨ و٥٩ و٦٠ و٦١ و٦٢ و٦٣ و٦٤ و٦٥ و٦٦ و٦٧ و٦٨ و٦٩ و٧٠ و٧١ و٧٢ و٧٣ و٧٤ و٧٥ و٧٦ و٧٧ و٧٨ و٧٩ و٨٠ و٨١ و٨٢ و٨٣ و٨٤ و٨٥ و٨٦ و٨٧ و٨٨ و٨٩ و٩٠ و٩١ و٩٢ و٩٣ و٩٤ و٩٥ و٩٦ و٩٧ و٩٨ و٩٩ و١٠٠ و١٠١ و١٠٢ و١٠٣ و١٠٤ و١٠٥ و١٠٦ و١٠٧ و١٠٨ و١٠٩ و١١٠ و١١١ و١١٢ و١١٣ و١١٤ و١١٥ و١١٦ و١١٧ و١١٨ و١١٩ و١٢٠ و١٢١ و١٢٢ و١٢٣ و١٢٤ و١٢٥ و١٢٦ و١٢٧ و١٢٨ و١٢٩ و١٣٠ و١٣١ و١٣٢ و١٣٣ و١٣٤ و١٣٥ و١٣٦ و١٣٧ و١٣٨ و١٣٩ و١٤٠ و١٤١ و١٤٢ و١٤٣ و١٤٤ و١٤٥ و١٤٦ و١٤٧ و١٤٨ و١٤٩ و١٥٠ و١٥١ و١٥٢ و١٥٣ و١٥٤ و١٥٥ و١٥٦ و١٥٧ و١٥٨ و١٥٩ و١٦٠ و١٦١ و١٦٢ و١٦٣ و١٦٤ و١٦٥ و١٦٦ و١٦٧ و١٦٨ و١٦٩ و١٧٠ و١٧١ و١٧٢ و١٧٣ و١٧٤ و١٧٥ و١٧٦ و١٧٧ و١٧٨ و١٧٩ و١٨٠ و١٨١ و١٨٢ و١٨٣ و١٨٤ و١٨٥ و١٨٦ و١٨٧ و١٨٨ و١٨٩ و١٩٠ و١٩١ و١٩٢ و١٩٣ و١٩٤ و١٩٥ و١٩٦ و١٩٧ و١٩٨ و١٩٩ و٢٠٠ و٢٠١ و٢٠٢ و٢٠٣ و٢٠٤ و٢٠٥ و٢٠٦ و٢٠٧ و٢٠٨ و٢٠٩ و٢١٠ و٢١١ و٢١٢ و٢١٣ و٢١٤ و٢١٥ و٢١٦ و٢١٧ و٢١٨ و٢١٩ و٢٢٠ و٢٢١ و٢٢٢ و٢٢٣ و٢٢٤ و٢٢٥ و٢٢٦ و٢٢٧ و٢٢٨ و٢٢٩ و٢٣٠ و٢٣١ و٢٣٢ و٢٣٣ و٢٣٤ و٢٣٥ و٢٣٦ و٢٣٧ و٢٣٨ و٢٣٩ و٢٤٠ و٢٤١ و٢٤٢ و٢٤٣ و٢٤٤ و٢٤٥ و٢٤٦ و٢٤٧ و٢٤٨ و٢٤٩ و٢٥٠ و٢٥١ و٢٥٢ و٢٥٣ و٢٥٤ و٢٥٥ و٢٥٦ و٢٥٧ و٢٥٨ و٢٥٩ و٢٦٠ و٢٦١ و٢٦٢ و٢٦٣ و٢٦٤ و٢٦٥ و٢٦٦ و٢٦٧ و٢٦٨ و٢٦٩ و٢٧٠ و٢٧١ و٢٧٢ و٢٧٣ و٢٧٤ و٢٧٥ و٢٧٦ و٢٧٧ و٢٧٨ و٢٧٩ و٢٨٠ و٢٨١ و٢٨٢ و٢٨٣ و٢٨٤ و٢٨٥ و٢٨٦ و٢٨٧ و٢٨٨ و٢٨٩ و٢٩٠ و٢٩١ و٢٩٢ و٢٩٣ و٢٩٤ و٢٩٥ و٢٩٦ و٢٩٧ و٢٩٨ و٢٩٩ و٣٠٠ و٣٠١ و٣٠٢ و٣٠٣ و٣٠٤ و٣٠٥ و٣٠٦ و٣٠٧ و٣٠٨ و٣٠٩ و٣١٠ و٣١١ و٣١٢ و٣١٣ و٣١٤ و٣١٥ و٣١٦ و٣١٧ و٣١٨ و٣١٩ و٣٢٠ و٣٢١ و٣٢٢ و٣٢٣ و٣٢٤ و٣٢٥ و٣٢٦ و٣٢٧ و٣٢٨ و٣٢٩ و٣٣٠ و٣٣١ و٣٣٢ و٣٣٣ و٣٣٤ و٣٣٥ و٣٣٦ و٣٣٧ و٣٣٨ و٣٣٩ و٣٤٠ و٣٤١ و٣٤٢ و٣٤٣ و٣٤٤ و٣٤٥ و٣٤٦ و٣٤٧ و٣٤٨ و٣٤٩ و٣٥٠ و٣٥١ و٣٥٢ و٣٥٣ و٣٥٤ و٣٥٥ و٣٥٦ و٣٥٧ و٣٥٨ و٣٥٩ و٣٦٠ و٣٦١ و٣٦٢ و٣٦٣ و٣٦٤ و٣٦٥ و٣٦٦ و٣٦٧ و٣٦٨ و٣٦٩ و٣٧٠ و٣٧١ و٣٧٢ و٣٧٣ و٣٧٤ و٣٧٥ و٣٧٦ و٣٧٧ و٣٧٨ و٣٧٩ و٣٨٠ و٣٨١ و٣٨٢ و٣٨٣ و٣٨٤ و٣٨٥ و٣٨٦ و٣٨٧ و٣٨٨ و٣٨٩ و٣٩٠ و٣٩١ و٣٩٢ و٣٩٣ و٣٩٤ و٣٩٥ و٣٩٦ و٣٩٧ و٣٩٨ و٣٩٩ و٤٠٠ و٤٠١ و٤٠٢ و٤٠٣ و٤٠٤ و٤٠٥ و٤٠٦ و٤٠٧ و٤٠٨ و٤٠٩ و٤١٠ و٤١١ و٤١٢ و٤١٣ و٤١٤ و٤١٥ و٤١٦ و٤١٧ و٤١٨ و٤١٩ و٤٢٠ و٤٢١ و٤٢٢ و٤٢٣ و٤٢٤ و٤٢٥ و٤٢٦ و٤٢٧ و٤٢٨ و٤٢٩ و٤٣٠ و٤٣١ و٤٣٢ و٤٣٣ و٤٣٤ و٤٣٥ و٤٣٦ و٤٣٧ و٤٣٨ و٤٣٩ و٤٤٠ و٤٤١ و٤٤٢ و٤٤٣ و٤٤٤ و٤٤٥ و٤٤٦ و٤٤٧ و٤٤٨ و٤٤٩ و٤٥٠ و٤٥١ و٤٥٢ و٤٥٣ و٤٥٤ و٤٥٥ و٤٥٦ و٤٥٧ و٤٥٨ و٤٥٩ و٤٦٠ و٤٦١ و٤٦٢ و٤٦٣ و٤٦٤ و٤٦٥ و٤٦٦ و٤٦٧ و٤٦٨ و٤٦٩ و٤٧٠ و٤٧١ و٤٧٢ و٤٧٣ و٤٧٤ و٤٧٥ و٤٧٦ و٤٧٧ و٤٧٨ و٤٧٩ و٤٨٠ و٤٨١ و٤٨٢ و٤٨٣ و٤٨٤ و٤٨٥ و٤٨٦ و٤٨٧ و٤٨٨ و٤٨٩ و٤٩٠ و٤٩١ و٤٩٢ و٤٩٣ و٤٩٤ و٤٩٥ و٤٩٦ و٤٩٧ و٤٩٨ و٤٩٩ و٥٠٠ و٥٠١ و٥٠٢ و٥٠٣ و٥٠٤ و٥٠٥ و٥٠٦ و٥٠٧ و٥٠٨ و٥٠٩ و٥١٠ و٥١١ و٥١٢ و٥١٣ و٥١٤ و٥١٥ و٥١٦ و٥١٧ و٥١٨ و٥١٩ و٥٢٠ و٥٢١ و٥٢٢ و٥٢٣ و٥٢٤ و٥٢٥ و٥٢٦ و٥٢٧ و٥٢٨ و٥٢٩ و٥٣٠ و٥٣١ و٥٣٢ و٥٣٣ و٥٣٤ و٥٣٥ و٥٣٦ و٥٣٧ و٥٣٨ و٥٣٩ و٥٤٠ و٥٤١ و٥٤٢ و٥٤٣ و٥٤٤ و٥٤٥ و٥٤٦ و٥٤٧ و٥٤٨ و٥٤٩ و٥٥٠ و٥٥١ و٥٥٢ و٥٥٣ و٥٥٤ و٥٥٥ و٥٥٦ و٥٥٧ و٥٥٨ و٥٥٩ و٥٦٠ و٥٦١ و٥٦٢ و٥٦٣ و٥٦٤ و٥٦٥ و٥٦٦ و٥٦٧ و٥٦٨ و٥٦٩ و٥٧٠ و٥٧١ و٥٧٢ و٥٧٣ و٥٧٤ و٥٧٥ و٥٧٦ و٥٧٧ و٥٧٨ و٥٧٩ و٥٨٠ و٥٨١ و٥٨٢ و٥٨٣ و٥٨٤ و٥٨٥ و٥٨٦ و٥٨٧ و٥٨٨ و٥٨٩ و٥٩٠ و٥٩١ و٥٩٢ و٥٩٣ و٥٩٤ و٥٩٥ و٥٩٦ و٥٩٧ و٥٩٨ و٥٩٩ و٦٠٠ و٦٠١ و٦٠٢ و٦٠٣ و٦٠٤ و٦٠٥ و٦٠٦ و٦٠٧ و٦٠٨ و٦٠٩ و٦١٠ و٦١١ و٦١٢ و٦١٣ و٦١٤ و٦١٥ و٦١٦ و٦١٧ و٦١٨ و٦١٩ و٦٢٠ و٦٢١ و٦٢٢ و٦٢٣ و٦٢٤ و٦٢٥ و٦٢٦ و٦٢٧ و٦٢٨ و٦٢٩ و٦٣٠ و٦٣١ و٦٣٢ و٦٣٣ و٦٣٤ و٦٣٥ و٦٣٦ و٦٣٧ و٦٣٨ و٦٣٩ و٦٤٠ و٦٤١ و٦٤٢ و٦٤٣ و٦٤٤ و٦٤٥ و٦٤٦ و٦٤٧ و٦٤٨ و٦٤٩ و٦٥٠ و٦٥١ و٦٥٢ و٦٥٣ و٦٥٤ و٦٥٥ و٦٥٦ و٦٥٧ و٦٥٨ و٦٥٩ و٦٦٠ و٦٦١ و٦٦٢ و٦٦٣ و٦٦٤ و٦٦٥ و٦٦٦ و٦٦٧ و٦٦٨ و٦٦٩ و٦٧٠ و٦٧١ و٦٧٢ و٦٧٣ و٦٧٤ و٦٧٥ و٦٧٦ و٦٧٧ و٦٧٨ و٦٧٩ و٦٨٠ و٦٨١ و٦٨٢ و٦٨٣ و٦٨٤ و٦٨٥ و٦٨٦ و٦٨٧ و٦٨٨ و٦٨٩ و٦٩٠ و٦٩١ و٦٩٢ و٦٩٣ و٦٩٤ و٦٩٥ و٦٩٦ و٦٩٧ و٦٩٨ و٦٩٩ و٧٠٠ و٧٠١ و٧٠٢ و٧٠٣ و٧٠٤ و٧٠٥ و٧٠٦ و٧٠٧ و٧٠٨ و٧٠٩ و٧١٠ و٧١١ و٧١٢ و٧١٣ و٧١٤ و٧١٥ و٧١٦ و٧١٧ و٧١٨ و٧١٩ و٧٢٠ و٧٢١ و٧٢٢ و٧٢٣ و٧٢٤ و٧٢٥ و٧٢٦ و٧٢٧ و٧٢٨ و٧٢٩ و٧٣٠ و٧٣١ و٧٣٢ و٧٣٣ و٧٣٤ و٧٣٥ و٧٣٦ و٧٣٧ و٧٣٨ و٧٣٩ و٧٤٠ و٧٤١ و٧٤٢ و٧٤٣ و٧٤٤ و٧٤٥ و٧٤٦ و٧٤٧ و٧٤٨ و٧٤٩ و٧٥٠ و٧٥١ و٧٥٢ و٧٥٣ و٧٥٤ و٧٥٥ و٧٥٦ و٧٥٧ و٧٥٨ و٧٥٩ و٧٦٠ و٧٦١ و٧٦٢ و٧٦٣ و٧٦٤ و٧٦٥ و٧٦٦ و٧٦٧ و٧٦٨ و٧٦٩ و٧٧٠ و٧٧١ و٧٧٢ و٧٧٣ و٧٧٤ و٧٧٥ و٧٧٦ و٧٧٧ و٧٧٨ و٧٧٩ و٧٨٠ و٧٨١ و٧٨٢ و٧٨٣ و٧٨٤ و٧٨٥ و٧٨٦ و٧٨٧ و٧٨٨ و٧٨٩ و٧٩٠ و٧٩١ و٧٩٢ و٧٩٣ و٧٩٤ و٧٩٥ و٧٩٦ و٧٩٧ و٧٩٨ و٧٩٩ و٨٠٠ و٨٠١ و٨٠٢ و٨٠٣ و٨٠٤ و٨٠٥ و٨٠٦ و٨٠٧ و٨٠٨ و٨٠٩ و٨١٠ و٨١١ و٨١٢ و٨١٣ و٨١٤ و٨١٥ و٨١٦ و٨١٧ و٨١٨ و٨١٩ و٨٢٠ و٨٢١ و٨٢٢ و٨٢٣ و٨٢٤ و٨٢٥ و٨٢٦ و٨٢٧ و٨٢٨ و٨٢٩ و٨٣٠ و٨٣١ و٨٣٢ و٨٣٣ و٨٣٤ و٨٣٥ و٨٣٦ و٨٣٧ و٨٣٨ و٨٣٩ و٨٤٠ و٨٤١ و٨٤٢ و٨٤٣ و٨٤٤ و٨٤٥ و٨٤٦ و٨٤٧ و٨٤٨ و٨٤٩ و٨٥٠ و٨٥١ و٨٥٢ و٨٥٣ و٨٥٤ و٨٥٥ و٨٥٦ و٨٥٧ و٨٥٨ و٨٥٩ و٨٦٠ و٨٦١ و٨٦٢ و٨٦٣ و٨٦٤ و٨٦٥ و٨٦٦ و٨٦٧ و٨٦٨ و٨٦٩ و٨٧٠ و٨٧١ و٨٧٢ و٨٧٣ و٨٧٤ و٨٧٥ و٨٧٦ و٨٧٧ و٨٧٨ و٨٧٩ و٨٨٠ و٨٨١ و٨٨٢ و٨٨٣ و٨٨٤ و٨٨٥ و٨٨٦ و٨٨٧ و٨٨٨ و٨٨٩ و٨٩٠ و٨٩١ و٨٩٢ و٨٩٣ و٨٩٤ و٨٩٥ و٨٩٦ و٨٩٧ و٨٩٨ و٨٩٩ و٩٠٠ و٩٠١ و٩٠٢ و٩٠٣ و٩٠٤ و٩٠٥ و٩٠٦ و٩٠٧ و٩٠٨ و٩٠٩ و٩١٠ و٩١١ و٩١٢ و٩١٣ و٩١٤ و٩١٥ و٩١٦ و٩١٧ و٩١٨ و٩١٩ و٩٢٠ و٩٢١ و٩٢٢ و٩٢٣ و٩٢٤ و٩٢٥ و٩٢٦ و٩٢٧ و٩٢٨ و٩٢٩ و٩٣٠ و٩٣١ و٩٣٢ و٩٣٣ و٩٣٤ و٩٣٥ و٩٣٦ و٩٣٧ و٩٣٨ و٩٣٩ و٩٤٠ و٩٤١ و٩٤٢ و٩٤٣ و٩٤٤ و٩٤٥ و٩٤٦ و٩٤٧ و٩٤٨ و٩٤٩ و٩٥٠ و٩٥١ و٩٥٢ و٩٥٣ و٩٥٤ و٩٥٥ و٩٥٦ و٩٥٧ و٩٥٨ و٩٥٩ و٩٦٠ و٩٦١ و٩٦٢ و٩٦٣ و٩٦٤ و٩٦٥ و٩٦٦ و٩٦٧ و٩٦٨ و٩٦٩ و٩٧٠ و٩٧١ و٩٧٢ و٩٧٣ و٩٧٤ و٩٧٥ و٩٧٦ و٩٧٧ و٩٧٨ و٩٧٩ و٩٨٠ و٩٨١ و٩٨٢ و٩٨٣ و٩٨٤ و٩٨٥ و٩٨٦ و٩٨٧ و٩٨٨ و٩٨٩ و٩٩٠ و٩٩١ و٩٩٢ و٩٩٣ و٩٩٤ و٩٩٥ و٩٩٦ و٩٩٧ و٩٩٨ و٩٩٩ و١٠٠٠ و١٠٠١ و١٠٠٢ و١٠٠٣ و١٠٠٤ و١٠٠٥ و١٠٠٦ و١٠٠٧ و١٠٠٨ و١٠٠٩ و١٠١٠ و١٠١١ و١٠١٢ و١٠١٣ و١٠١٤ و١٠١٥ و١٠١٦ و١٠١٧ و١٠١٨ و١٠١٩ و١٠٢٠ و١٠٢١ و١٠٢٢ و١٠٢٣ و١٠٢٤ و١٠٢٥ و١٠٢٦ و١٠٢٧ و١٠٢٨ و١٠٢٩ و١٠٣٠ و١٠٣١ و١٠٣٢ و١٠٣٣ و١٠٣٤ و١٠٣٥ و١٠٣٦ و١٠٣٧ و١٠٣٨ و١٠٣٩ و١٠٤٠ و١٠٤١ و١٠٤٢ و١٠٤٣ و١٠٤٤ و١٠٤٥ و١٠٤٦ و١٠٤٧ و١٠٤٨ و١٠٤٩ و١٠٥٠ و١٠٥١ و١٠٥٢ و١٠٥٣ و١٠٥٤ و١٠٥٥ و١٠٥٦ و١٠٥٧ و١٠٥٨ و١٠٥٩ و١٠٦٠ و١٠٦١ و١٠٦٢ و١٠٦٣ و١٠٦٤ و١٠٦٥ و١٠٦٦ و١٠٦٧ و١٠٦٨ و١٠٦٩ و١٠٧٠ و١٠٧١ و١٠٧٢ و١٠٧٣ و١٠٧٤ و١٠٧٥ و١٠٧٦ و١٠٧٧ و١٠٧٨ و١٠٧٩ و١٠٨٠ و١٠٨١ و١٠٨٢ و١٠٨٣ و١٠٨٤ و١٠٨٥ و١٠٨٦ و١٠٨٧ و١٠٨٨ و١٠٨٩ و١٠٩٠ و١٠٩١ و١٠٩٢ و١٠٩٣ و١٠٩٤ و١٠٩٥ و١٠٩٦ و١٠٩٧ و١٠٩٨ و١٠٩٩ و١١٠٠ و١١٠١ و١١٠٢ و١١٠٣ و١١٠٤ و١١٠٥ و١١٠٦ و١١٠٧ و١١٠٨ و١١٠٩ و١١١٠ و١١١١ و١١١٢ و١١١٣ و١١١٤ و١١١٥ و١١١٦ و١١١٧ و١١١٨ و١١١٩ و١١٢٠ و١١٢١ و١١٢٢ و١١٢٣ و١١٢٤ و١١٢٥ و١١٢٦ و١١٢٧ و١١٢٨ و١١٢٩ و١١٣٠ و١١٣١ و١١٣٢ و١١٣٣ و١١٣٤ و١١٣٥ و١١٣٦ و١١٣٧ و١١٣٨ و١١٣٩ و١١٤٠ و١١٤١ و١١٤٢ و١١٤٣ و١١٤٤ و١١٤٥ و١١٤٦ و١١٤٧ و١١٤٨ و١١٤٩ و١١٥٠ و١١٥١ و١١٥٢ و١١٥٣ و١١٥٤ و١١٥٥ و١١٥٦ و١١٥٧ و١١٥٨ و١١٥٩ و١١٦٠ و١١٦١ و١١٦٢ و١١٦٣ و١١٦٤ و١١٦٥ و١١٦٦ و١١٦٧ و١١٦٨ و١١٦٩ و١١٧٠ و١١٧١ و١١٧٢ و١١٧٣ و١١٧٤ و١١٧٥ و١١٧٦ و١١٧٧ و١١٧٨ و١١٧٩ و١١٨٠ و١١٨١ و١١٨٢ و١١٨٣ و١١٨٤ و١١٨٥ و١١٨٦ و١١٨٧ و١١٨٨ و١١٨٩ و١١٩٠ و١١٩١ و١١٩٢ و١١٩٣ و١١٩٤ و١١٩٥ و١١٩٦ و١١٩٧ و١١٩٨ و١١٩٩ و١٢٠٠ و١٢٠١ و١٢٠٢ و١٢٠٣ و١٢٠٤ و١٢٠٥ و١٢٠٦ و١٢٠٧ و١٢٠٨ و١٢٠٩ و١٢١٠ و١٢١١ و١٢١٢ و١٢١٣ و١٢١٤ و١٢١٥ و١٢١٦ و١٢١٧ و١٢١٨ و١٢١٩ و١٢٢٠ و١٢٢١ و١٢٢٢ و١٢٢٣ و١٢٢٤ و١٢٢٥ و١٢٢٦ و١٢٢٧ و١٢٢٨ و١٢٢٩ و١٢٣٠ و١٢٣١ و١٢٣٢ و١٢٣٣ و١٢٣٤ و١٢٣٥ و١٢٣٦ و١٢٣٧ و١٢٣٨ و١٢٣٩ و١٢٤٠ و١٢٤١ و١٢٤٢ و١٢٤٣ و١٢٤٤ و١٢٤٥ و١٢٤٦ و١٢٤٧ و١٢٤٨ و١٢٤٩ و١٢٥٠ و١٢٥١ و١٢٥٢ و١٢٥٣ و١٢٥٤ و١٢٥٥ و١٢٥٦ و١٢٥٧ و١٢٥٨ و١٢٥٩ و١٢٦٠ و١٢٦١ و١٢٦٢ و١٢٦٣ و١٢٦٤ و١٢٦٥ و١٢٦٦ و١٢٦٧ و١٢٦٨ و١٢٦٩ و١٢٧٠ و١٢٧١ و١٢٧٢ و١٢٧٣ و١٢٧٤ و١٢٧٥ و١٢٧٦ و١٢٧٧ و١٢٧٨ و١٢٧٩ و١٢٨٠ و١٢٨١ و١٢٨٢ و١٢٨٣ و١٢٨٤ و١٢٨٥ و١٢٨٦ و١٢٨٧ و١٢٨٨ و١٢٨٩ و١٢٩٠ و١٢٩١ و١٢٩٢ و١٢٩٣ و١٢٩٤ و١٢٩٥ و١٢٩٦ و١٢٩٧ و١٢٩٨ و١٢٩٩ و١٣٠٠ و١٣٠١ و١٣٠٢ و١٣٠٣ و١٣٠٤ و١٣٠٥ و١٣٠٦ و١٣٠٧ و١٣٠٨ و١٣٠٩ و١٣١٠ و١٣١١ و١٣١٢ و١٣١٣ و١٣١٤ و١٣١٥ و١٣١٦ و١٣١٧ و١٣١٨ و١٣١٩ و١٣٢٠ و١٣٢١ و١٣٢٢ و١٣٢٣ و١٣٢٤ و١٣٢٥ و١٣٢٦ و١٣٢٧ و١٣٢٨ و١٣٢٩ و١٣٣٠ و١٣٣١ و١٣٣٢ و١٣٣٣ و١٣٣٤ و١٣٣٥ و١٣٣٦ و١٣٣٧ و١٣٣٨ و١٣٣٩ و١٣٤٠ و١٣٤١ و١٣٤٢ و١٣٤٣ و١٣٤٤ و١٣٤٥ و١٣٤٦ و١٣٤٧ و١٣٤٨ و١٣٤٩ و١٣٥٠ و١٣٥١ و١٣٥٢ و١٣٥٣ و١٣٥٤ و١٣٥٥ و١٣٥٦ و١٣٥٧ و١٣٥٨ و١٣٥٩ و١٣٦٠ و١٣٦١ و١٣٦٢ و١٣٦٣ و١٣٦٤ و١٣٦٥ و١٣٦٦ و١٣٦٧ و١٣٦٨ و١٣٦٩ و١٣٧٠ و١٣٧١ و١٣٧٢ و١٣٧٣ و١٣٧٤ و١٣٧٥ و١٣٧٦ و١٣٧٧ و١٣٧٨ و١٣٧٩ و١٣٨٠ و١٣٨١ و١٣٨٢ و١٣٨٣ و١٣٨٤ و١٣٨٥ و١٣٨٦ و١٣٨٧ و١٣٨٨ و١٣٨٩ و١٣٩٠ و١٣٩١ و١٣٩٢ و١٣٩٣ و١٣٩٤ و١٣٩٥ و١٣٩٦ و١٣٩٧ و١٣٩٨ و١٣٩٩ و١٤٠٠ و١٤٠١ و١٤٠٢ و١٤٠٣ و١٤٠٤ و١٤٠٥ و١٤٠٦ و١٤٠٧ و١٤٠٨ و١٤٠٩ و١٤١٠ و١٤١١ و١٤١٢ و١٤١٣ و١٤١٤ و١٤١٥ و١٤١٦ و١٤١٧ و١٤١٨ و١٤١٩ و١٤٢٠ و١٤٢١ و١٤٢٢ و١٤٢٣ و١٤٢٤ و١٤٢٥ و١٤٢٦ و١٤٢٧ و١٤٢٨ و١٤٢٩ و١٤٣٠ و١٤٣١ و١٤٣٢ و١٤٣٣ و١٤٣٤ و١٤٣٥ و١٤٣٦ و١٤٣٧ و١٤٣٨ و١٤٣٩ و١٤٤٠ و١٤٤١ و١٤٤٢ و١٤٤٣ و١٤٤٤ و١٤٤٥ و١٤٤٦ و١٤٤٧ و١٤٤٨ و١٤٤٩ و١٤٥٠ و١٤٥١ و١٤٥٢ و١٤٥٣ و١٤٥٤ و١٤٥٥ و١٤٥٦ و١٤٥٧ و١٤٥٨ و١٤٥٩ و١٤٦٠ و١٤٦١ و١٤٦٢ و١٤٦٣ و١٤٦٤ و١٤٦٥ و١٤٦٦ و١٤٦٧ و١٤٦٨ و١٤٦٩ و١٤٧٠ و١٤٧١ و١٤٧٢ و١٤٧٣ و١٤٧٤ و١٤٧٥ و١٤٧٦ و١٤٧٧ و١٤٧٨ و١٤٧٩ و١٤٨٠ و١٤٨١ و١٤٨٢ و١٤٨٣ و١٤٨٤ و١٤٨٥ و١٤٨٦ و١٤٨٧ و١٤٨٨ و١٤٨٩ و١٤٩٠ و١٤٩١ و١٤٩٢ و١٤٩٣ و١٤٩٤ و١٤٩٥ و١٤٩٦ و١٤٩٧ و١٤٩٨ و١٤٩٩ و١٥٠٠ و١٥٠١ و١٥٠٢ و١٥٠٣ و١٥٠٤ و١٥٠٥ و١٥٠٦ و١٥٠٧ و١٥٠٨ و١٥٠٩ و١٥١٠ و١٥١١ و١٥١٢ و١٥١٣ و١٥١٤ و١٥١٥ و١٥١٦ و١٥١٧ و١٥١٨ و١٥١٩ و١٥٢٠ و١٥٢١ و١٥٢٢ و١٥٢٣ و١٥٢٤ و١٥٢٥ و١٥٢٦ و١٥٢٧ و١٥٢٨ و١٥٢٩ و١٥٣٠ و١٥٣١ و١٥٣٢ و١٥٣٣ و١٥٣٤ و

٢. العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني: وبناء على ذلك يكتف ببيع الوفاء بالنسبة للمشتري بأنه رهن حيازي رغم أن العقد قد تم تحت عنوان لفظ البيع، ووجه ذلك أن المشتري لا يستطيع أن يتصرف في هذا المبيع لغيره.
٣. اليقين لا يزول بالشك وعلى سبيل المثل إذا خرج أحد من دار خالية خائفا مدهوشا وفي يده سكين ملوثة بالدم ثم وجد في هذه الدار شخص مذبح في ذلك الوقت فلا يشتبه في كونه قاتل ذلك الشخص ولا يلتفت إلى الاحتمالات الوهمية الصرفة كأن يتصور أن الشخص المذكور إنتحر وذبح نفسه فمن ادعى ذلك ترد دعواه على أساس قاعدة أن اليقين لا يزول بالشك.
٤. الأصل بقاء ما كان على ما كان استصحابا حتى يثبت خلاف ذلك: -
وعلى سبيل المثل إذا تزوجت امرأة من شخص ثم أدعت أمام القاضي أن الزوج السابق قد طلقها أو توفي وانتهت عدتها وطلبت من القاضي أن يزوجهها من شخص آخر يجب على القاضي أن يعتبر الزواج السابق باقيا حتى تثبت المدعية دعواها في حصول الفرقة بالوفاة أو بالطلاق ثم إنتهاء العدة.
٥. الأصل في الصفات العارضة العدم: وعلى سبيل المثل إذا حصل الخلاف بين البائع والمشتري في وقت حدوث العيب فادعى البائع أنه حدث بعد القبض فالمشتري هو الذي يتحمل نتائج هذا العيب وعارضه المشتري فأدعى أن العيب كان موجوداً قبل القبض فالمبيع قبله من ضمان البائع ففي هاتين الدعويت المتعارضتين على القاضي أن يرجع دعوى البائع استنادا إلى القاعدة المذكورة وإلى قاعده الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته.
٦. يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام: فإذا هدم المكلف بخدمة عامة دار شخص أو هدم سياجه، لاطفاء حريق حصل قرب هذه الدار ثم أقام ذو العلاقة الدعوى ضد من قام بعملية الهدم طالبا تضمينه جزائيا ومدنيا ترد دعواه بناء على قاعدة (يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام) لأن الحريق لو استمرت لالحق الضرر بالغير وأضر بالصلحة العامة.
٧. الجواز الشرعي ينافي الضمان: أي الجواز الشرعي الأصلي ينافي الضمان. وعلى سبيل المثل من حفر بئرا في بستانه فوقع فيها مال للغير فتلف فليس لصاحب المال مطالبة التعويض أمام القضاء فعلى القاضي أن يرجع جانب حوافر البشر

على جانب الضرر استنادا الى القاعدة المذكورة ولكن إذا كان الجواز استثنائيا يجب على القاضي أن يحكم بالضمان فمن أكل مال غيره تمت ضبط الحاجة الماسة جاز هذا الأكل ولكن عليه التعريض إذا طالب به صاحبه لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير فالضرورة من موانع المسؤولية الجزائية وليست مانعة من المسؤولية المدنية.

٨. إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المتغلب منهما فمن أحدث جرماً في شخص بحيث لم يكن هذا الجرح خطراً على حياة المجرور غرر أن الطبيب المعالج أحصل علاجه فأدى الإهمال الى حدوث مضاعفات يكون الطبيب هو المسؤول. إذا كان الجرح بحيث لا يتوقع شفاء المجرور وخلاصه من نتائجه تكون المسؤولية على من أحدث الجرح دون الطبيب المعالج المهمل. وجدير بالذكر أن أصل القاعدة هكذا (إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر) وهذا خطأ شائع لأن المباشر لا يكون دائماً مسؤولاً وبوجه خاص إذا كانت النتيجة حاصلة من عمل المتسبب كما ذكرنا في إهمال الطبيب وحدثت المضاعفات على هذا الإهمال التي أدت الى وفاة المجرور.

٩. لا ينسب الى ساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة بيان: - فإذا سكوت المتهم وامتنع عن إجابة السؤال الموجه إليه من قبل القاضي أو المحقق لا يعتبر هذا السكوت إقراراً بالتهمة الموجه اليه لكن إذا استلم المشتري قائمة البضاعة التي أرسلت له من قبل البائع وسكت عن الاعتراض أو علم المشتري بعيب المبيع وسكت يعتبر السكوت في هذه الحالات رضا لأن السكوت في معرض الحاجة بيان وليس له بعد ذلك إقامة الدعوى على خلاف ذلك. كما أن سكوت البنت حين طلب الموافقة على زواجها يعتبر رضا وفق مانص عليه الرسول (ﷺ). (الشيبة أحق بنفسها من وليها والبكر يستأذنها أبوها في نفسها وأذنهما صلاتها وصاتهما إقرارها).^(١)

١٠. الأصل براءة الذمة من الالتزامات الجزائية والمدنية فعلى القاضي أن يعتبر المدعى عليه مديناً كان أو متهما أنه مازال باقياً على ما اتصف به من البراءة الأصلية حين ولادته فيرجع بهذا الأصل جانبه على جانب المدعي وقد بنيت على

هذا الأساس قاعدة (البينة على المدعى) لأنه يدعي خلاف الأصل (اليمين على من أنكر) لأنه يدعي ما يوافق الأصل.
١١. العادة محكمة: - أي أن العادة عامة كانت أم خاصة تجعل حكماً لاثبات حكم شرعي يختلف فيه.

وعلى سبيل المثال إذا حصل النزاع بين الزوجين في عادية شيء من اثاث البيت على القاضي أن يحسم النزاع في ضوء العرف السائد فإذا كان المتنازع فيه يعود إلى الزوجة في عرف البلد كالحلي ترجع دعوى الزوجة وإذا كان عائد إلى الزوج كالسلاح فيرجع جانب الزوج.

وما لا يحسمه العرف بأن يحتمل أن يكون عائداً إلى الزوج أو الزوجة فيجب الاثبات بالبينة. يجعل العرف حكماً فيما يدخل في المبيع بدون ذكر صحيح وما لا يدخل فكل ما جرى عرف البلد على أنه من مشتقات المبيع يدخل فيه من غير ذكر، وفي حال النزاع بين البائع والمشتري حول ما يدخل وما لا يدخل على القاضي أن يحكم بما يعضده العرف السائد.

ومن تطبيقات تحكيم العرف قاعدة (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) وقاعدة (المعروف بين التجار كالمشروط بينهم) وقاعدة (التعيين بالعرف كالتعيين بالنص).

١٢. ومن المرجحات القرينة: وللقرينة دور بارز في ترجيح الأدلة والبيّنات وعلى سبيل المثال الترجيح بالحياسة، فترجح بيّنة الحائز فإذا تكافأت للتداعيان يصار إلى ترجيح من وجدت الحياسة في جانبه سواء كان المحاز عقاراً أو منقولاً لأن الحياسة قرينة لكونها من خصائص الملكية في الأصل^(١).

^(١) المونة الكبرى في الفقه المالكي ١٩١/٥.

المبحث الثاني

الاقتناع القضائي والادلة المقنعة

المعلومات التي تقدم الى القاضي من إقامة الدعوى الى إصدار الحكم منها سمعية كإفادات الشهود وإفادات اطراف النزاع وإقرار المتهم وتقارير الحبراء والفنيين ومطالعات هيئة الادعاء العام ومنها مقرونة كتقارير المحقق العدلي (المحقق القضائي) وتقارير الطب العدلي والتحقيقات الجنائية. ومنها مرئية كمشاهدة آثار الجريمة التي سبق بيانها في البرهان الأنفي فجميع هذه المعلومات باستثناء المرئية أخبار وكل خبر يحتمل الصدق والكذب ويحتمل الحق والباطل^(١). لذا تعتبر أدلة ظنية ويحق للقاضي أن يحكم بالظن الغالب ويقناعته الشخصية المكتسبة من تلك المعلومات. وقد أخذت معظم التشريعات الحديثة بنظام الأدلة الاقتناعية ومنها: -

١- قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي^(٢) الذي نص في (١/٢١٣م) على إنه (تحكم المحكمة في الدعوى بناء على إقناعها الذي يكون لديها من الأدلة المقدمة في أي دور من أدوار التحقيق أو المحاكمة وهي الاقرار وشهادة الشهود ومحاضر التحقيق والمحاضر والكشوف الرسمية الاخرى وتقارير الحبراء والفنيين والقرائن والأدلة الاخرى المقررة).

ب- قانون الاجراءات الجنائية المصري^(٣) الذي نص في (٣٠٢م) على انه (يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته).

ج- قانون أصول المحاكمات الجزائية الاردني^(٤) الذي نص في المادة (١/١٤٧) على أنه (تقام البينة في الجنايات والجنتح و المخالفات بجميع طرق الاثبات ويحكم القاضي حسب قناعته الشخصية).

^(١) الفرق بين الصدق والحق هو أن مطابقة الخبر للواقع يسمى صدقاً ومطابقة الواقع له يسمى حقاً كما أن عدم مطابقة الخبر للواقع يسمى كذباً وعدم مطابقة الواقع له يسمى باطلاً.

^(٢) رقم ١٣٣ لسنة ١٩٧١

^(٣) رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠.

^(٤) رقم ٩ لسنة ١٩٦١

د- قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي^(١) المعدل الذي نص في (٤٢٧م) على أنه (يجوز إثبات الجرائم بأية طريقة من طرق الاثبات وبحكم القاضي بناء على قناعته الشخصية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك).

هـ- قرار محكمة التمييز في العراق^(٢) الذي نصه (إن تناقض الشهادات وعدد الاطلاقات الرمية وعدم تحديد الشهود للشخص القاتل أو شهادتهم له يقوم باطلاق النار عمداً أو نتيجة خطأ، فمن أجل الادلة المحصلة لا يمكن أن تولد القناعة بأن المتهم هو الفاعل لذلك تكون إدانته مبنية على الشك والاحتمال لا على الجزم واليقين.) ومن الواضح أن الشك يفسر لصالح المتهم.

المنطق والاقتناع القضائي:

ذهب علماء المنطق الى ان طرفي القضية من الوقوع واللاوقوع إن تساريا عند العقل من غير رجحان أصلاً فالعلم المتعلق بكل منهما (الوقوع واللاوقوع) يسمى شكاً والشك يفسر لمصلحة المتهم في القضايا الجزائية وينبغي على هذا الأساس قاعدة (المتهم بريء حتى تثبت إدانته) وفي مصلحة المدين في المسائل المدنية^(٣).

وإن ترجح أحدهما بنوع من الاذعان والقبول يسمى العلم به تصديقاً واعتقاداً وهذا الاعتقاد إن كان جازماً بحيث إنقطع احتمال تجوز العقل للطرف الآخر بالكلية عند القاضي وإن لم ينقطع في الواقع ونفس الامر وكان ثابتاً بحيث لا يزول بتشكيك المشكك ومطابقاً للواقع يسمى يقيناً والقاضي لا يلزم بأن يعمل باليقين في كل قضية ينظر فيها سواء كانت مدنية أو جزائية لأن إلزامه بالعمل باليقين في كل موضوع يؤدي الى ضياع كثير من حقوق الناس لأن الأدلة والبيانات اليقينية قليلة بالنسبة للدلة والبيانات الظنية.

وإذا كان الاعتقاد الجازم الثابت غير مطابق للواقع يسمى جهلاً مركباً مكوناً من جهلين أحدهما الجهل بالواقع والثاني الجهل بهذا الجهل.

والقاضي مادام يحكم بالقناعة فله أن يحكم بمقتضى قناعته لان حكم القاضي لا يغير الواقع فلا يعمل الحق باطلاً ولا الباطل حقاً.

(١) لسنة ١٩٥٨.

(٢) رقم ٣١٧ / هيئة عامة / ل / ٤ / ١٩٨٢ / النظرية القضائية ع / ١ / ٣ / ص ٢٠٩ - ٢١٠ ..

(٣) البرهان للكنبوي / المرجع السابق / ص ٣٧٧ وما يليها.

وإذا كان العلم إعتقاداً جازماً غم ثابت يسمى تقليداً كتقليد قاضي الموضوع لمحكمة التمييز التي أقرت سابقاً ماحكم به ومن المعروف أن السوابق القضائية والقرارات السابقة لمحكمة التمييز التي يستشهد بها القضاة والمحامون غالباً قد لا تكون مطابقة للواقع. وزعم أن كل مآصده محكمة التمييز حق ومطابق للواقع خطأ شائع لأن قاضي الموضوع كما يتعرض للخطأ كذلك محكمة التمييز تتعرض للخطأ ولا تكون مصيبة دائماً في جميع قراراتها. وإذا كان العلم اعتقاداً غم جازم يسمى ظناً ويحوز للقاضي أن يعمل بالظن الغالب إذا لوصله هذا الظن إلى حد الاقتناع وإذا كان العلم طرفاً مقابلاً للظن يسمى وهماً كما أن الطرف المقابل لليقين يسمى تخيلاً ولا يجوز للقاضي أن يعمل بالوهم والتخيل.

وهذه الشقوق العلمية المنطقية تؤكد لنا ضرورة إلمام القاضي وكل من يتعامل مع النصوص بقواعد المنطق وطرق الاستدلال المنطقية سواء كانت أقيسة عقلية أو إستقراءً يقوم على دراسة ميدانية للمعلومات التي تتوفر لدى القاضي ولا وجه الاستنباط الذي يستلزم توافر حوله جدلي بين القاضي والمحكوم لاثبات الأدلة المطروحة عليه حتى تبدأ عملية الاستقراء القائمة على ملاحظة الوقائع الجزئية التي قام الدليل على توافرها ثم يستنبط القاضي من هذه الوقائع نتيجة معينة. وبناء على ذلك فإن المنطق القضائي للمتلحق بالوقائع يقوم على ثلاثة أنواع من الاستدلال:

١. الاستدلال الجدلي للاقتناع بالأدلة.
٢. الاستدلال الاستقرائي للملاحظة الوقائع الجزئية التي تستند عليها أدلة الدعوى والاستقراء تصفع الجزئيات لاثبات حكم كلي^(١).
٣. الاستدلال الاستنباطي للوصول إلى نتيجة معينة في ضوء الوقائع الجزئية التي إستقراها^(٢). والأدلة التي يستند إليها القاضي تهبط إلى إقناعه في إطار نفسي بحيث يخاطب ضميره ووجدانه وبالتالي ينطق بالحكم العادل.

^(١) البرهان المرجع السابق /ص ٢٧٨، تهذيب المنطق /المرجع السابق/ص ٩٤ والاستقراء إما تام وهو الذي يكون بتصفع الجزئيات كافة كما إذا تصفصنا جزئيات الصيوان فوصلنا نتيجة كلية وهي أن كل حيوان يحرك فكه إلى الأسفل عند المضغ الاقتساح. وإما استقراء ناقص كدراسه ميدانية لمعرفة أسباب جريمة السرقة أو جريمة القتل مثلاً فالاستقراء التام يفيد لليقين بخلاف الناقص فإنه لا يفيد إلا الظن.

^(٢) د. أحمد السرور/ النقض في المواد الجنائية/ص ١٦١ ومايليها.

المبحث الثالث

تعريض الحكم القضائي للطعن

لا تنتهي الدعوى بالنطق بالحكم وإصداره وإعلانه ما لم تنته مراحله القانونية أو تمض عليه المدد القانونية فيكتسب درجة البتات. ومن الواضح أن طرق الطعن رسائل قانونية يضمها المشرع لاعطاء المحكوم عليه فرصة طلب إعادة النظر في الحكم المنطوق به وهذه الطرق حددتها المادة (١٦٨) من قانون المرافعات المدنية العراقي^(١)، من الاعتراض على الحكم الغيابي^(٢)، والاستئناف^(٣)، وإعادة المحاكمة، والتمييز^(٤)، وتصحيح القرار التمييزي^(٥)، واعتراض الغير^(٦).

وطرق الطعن إما عادية كاعتراض على الحكم الغيابي والاستئناف أو غير عادية كطلب إعادة المحاكمة والتمييز وتصحيح القرار التمييزي واعتراض الغير الأصلي والطاري^(٧).

(١) رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

(٢) الحكم الغيابي: هو الذي يصدر بحق أحد الخصوم في حالة غيابه من رفع الدعوى الى صدور الحكم رغم تبليغه الصحيح.

(٣) الاستئناف: - طلب إعادة للنظر في حكم من أحكام محكمة البداية لظن عدم صحة الحكم من الناحية للقانونية.

(٤) التمييز: - طريق غير إعتيادي من طرق الطعن بالاحكام الحضورية أو الغيابية والغاية من التمييز تدقيق الاحكام والقرارات القضائية للتأكد من موافقتها للقانون أو عدم موافقتها.

(٥) تصحيح للقرار التمييزي: - قرارات محكمة التمييز والاستئناف تقبل طلب التصحيح وفقا للعادة (٢١٩) من قانون المرافعات عند توفر سبب قانوني يبرر ذلك أو يكون مخالفا لنص قانوني صريح.

(٦) اعتراض الغير على الحكم: - يكون بطريقة غير عادية من قبل من لا يكون خصماً ولا ممثلاً في الدعوى غير أن الحكم يمس حقا من حقوقه وفق المادة (٢٢٤) من قانون المرافعات.

(٧) الأستاذ المحامي جمعة سعدون الربيعي / المرشد الى إقامة الدعاوى المدنية / ص ٤٤٩ وما يليها.

ومن الفروق الجوهرية بين الطريقتين: -

- أ- تتبع الطرق العادية إذا لم يقتنع المحكوم عليه بالحكم لكن في اتباع الطرق غير العادية عليه ان يتقيد بالاسباب والقيود التي يحددها القانون.
- ب- في اتباع الطرق العادية ينظر الى الجانب الواقعي والقانوني وأما في غير العادية فينظر الى عيوب الحكم القانونية حسب إعتقاد الطاعن.
- ت- الطعن بطريقة عادية يؤدي الى إيقاف تنفيذ الحكم ما لم يكن الحكم مشمولاً بالنفاذ المعجل وما لم تقرر المحكمة إلغاء قرار النفاذ المعجل بخلاف الطعن بطريقة غير عادية.

شروط الطاعن في القضايا الجزائية: -

- يشترط في الطاعن بالنسبة للقضايا الجزائية شرطان: -
- أحدهما: - أن يكون طرفاً في الحكم للطعون والثاني: وجود مصلحة في الطعن
- أولاً: صفة الطاعن: - لا يقبل الطعن في الحكم الا من كان طرفاً في الخصومة الجزائية القائمة أصالة أو نيابة.
- فاذا توفي المحكوم عليه أثناء نظر الطعن فلا يحل غلظه وارثه بل يستعين بالحكم بانقضاء الدعوى الجزائية بخلاف الدعوى المدنية فإنه يجوز لورثة المدعي المدني الحلول محله لتعلق حق الدائن بالتركة.
- ثانياً: - توفر مصلحة في الطعن: - فالمصلحة مناط الحق في الدعوى والحق في الطعن فلا دعوى بغية مصلحة ولا طعن بغيرها.
- ويشترط في المصلحة شرطان: -

١. أن تكون شخصية تتعلق بصفته التي طعن بمقتضاها.
٢. أن تكون المصلحة حالة وحقيقية سواء أكانت مادية أم أدبية.

الفرق بين المنطق القانوني والمنطق القضائي: -

أهم الفروق الجوهرية بين المنطق القانوني والمنطق القضائي مايلي: -

١. يقتصر بحث المنطق القانوني في نشأة القاعدة القانونية وتفسيرها وتطبيقها على طريقة نظرية بخلاف المنطق القضائي فإنه يبحث في تفسير القاعدة القانونية وتطبيقها بواسطة القاضي للفصل في الدعوى المطروحة عليه فالمنطق القضائي ذو طابع عملي وقضائي بحث، والمنطق القانوني وظيفته صياغية ونظرية.

٢. المنطق القانوني يبحث ما يتعلق بالقانون وحده والمنطق القضائي يتصل بالواقع وبالقانون فعمل القاضي ليس تطبيق مجرد القانون وإنما هو عمل مركب من الواقع والقانون وعلى سبيل المثل القاضي الجنائي لا يطبق قانون العقوبات فحسب وإنما عليه أن يراعي شخصية المتهم وظروفه الداخلية والخارجية والاسباب التي دفعتة الى ارتكاب الجريمة.
٣. المنطق القضائي ذو طابع إجرائي وعملي بينما المنطق القانوني ذو طابع نظري ساكت^(١).

الاستنتاج:

يستنتج من هذا العرض أن القاضي يمارس مهنتين أساسيتين: -
 احدهما مهمة موضوعية تتعلق بأثبات وقائع الدعوى للاقتناع بما هو الصواب في نظره.
 والثانية مهمة قانونية تتصل بتعيين القاعدة القانونية الواجبة التطبيق بعد تكييف الواقعة وتحديد صفتها القانونية.
 وعصمة هاتين المهنتين المنطق بالحكم العادل.

(١) د. احمد فتحي سرور /النقض في المواد الجنائية /ص١٥٨ ومايليها.



الفصل الثامن

فلسفة القانون تشريعا وتطبيقا وتنفيذاً

تتوزع دراسة هذا الموضوع على ثلاثة مباحث
يخصم الأول لفلسفة القانون تشريعا والثاني
لفلسفته تطبيقا، والثالث لفلسفته تنفيذا.



المبحث الأول

فلسفة القانون تشريعاً

لفظ (فلسفة) مشتق من اليونانية وأصله (فيل-صوفيا) ومعناها عجة الحكمة لو محب الحكمة ويطلق على العلم بمقتات الاشياء والعمل بما هو الاصلح^(١).
وفلسفة القانون العامة هي علته الغائية المرادفة للمصلحة فكل قانون يشرع ويعدل ويلغي في ضوء علته الغائية أي مصلحة المجتمع الذي ينضج له.
قال الفيلسوف اليوناني أرسطو^(٢): إن كل حدث إرادي يصدر عن الانسان البالغ العاقل المختار له (أربع علل: علة فاعلية، وعلة مادية وعلة صورية، وعلة غائية).
وعلى سبيل المثال السلطة التشريعية في كل زمان ومكان علة فاعلية لتشريع القانون وتعديله والغاءه.

ومفردات كل قانون علته المادية، والهيئة الحاصلة من تركيب وصياغة هذه المفردات صياغة فنية في شكل المواد علته الصورية، ومصلحة المجتمع الذي ينضج لهذا القانون علته الغائية.

وجميع الاحكام الشرعية والقانونية محللة بالاغراض، والمصلحة التي هي علة غائية من حيث التصور مقدما وقبل البدء بالعمل تسمى غرضاً والنتيجة التي تتحقق بعد اكمال مقدماتها تسمى غاية.

فالغرض والغاية متحدين بالذات وتختلفان في الاعتبار. وقد نص القرآن الكريم صراحة على ان العلة الغائية لرسالة محمد (ﷺ) هي مصلحة المجتمع البشري فقال تعالى مخاطباً رسوله: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾^(٣).

(١) المعجم الفلسفي للدكتور جميل صليبا ٢ / ١٦٠

(٢) (٣٨٤ - ٣٢١ ق. م) كان ابناً لطبيب باسطاغور في شمال اليونان ومن نظريات: المقولات العشر، والصورة والهولي والوجود بالفعل والوجود بالقوة والعلة الأربع وتصنيف العلوم وعلم المنطق والفيزياء وعلم الحياة ونظرية النفس وما بعد الطبيعة (الميتا فيزيقيا) والاخلاق والسياسة وغيرها. الموسوعة الفلسفية المختصرة ص ٣٢ وما بعدها.

(٣) سورة الانبياء / ١٠٧

وفي علم البلاغة نفي المنفي للحصر أي ان الغاية الوحيدة من الرسالة المحمدية هي المصلحة البشرية لأن اوقات الانسان منذ الحليقة اذا استغرقت بالعبادة لاتزيد من عظمة الله متغال ذرة، وإذا استغرقت بالالحاد والزندقه لاتنقص من عظمته متغال ذرة. والمراد بالرحمة في هذه الآية المصلحة البشرية، والمصلحة ذات الجانبين: الجانب الايجابي هو المنفعة المستجلبة سواء كانت هذه المنفعة مادية كالماكولات والمشروبات مثلا او معنوية كالحفاظ على كرامة الانسان وحياته وسلامته وماله وعرضه وكتأمين الأمن والاستقرار والطمأنينة ونحو ذلك. والجانب السلبي هي المضرة او المفسدة المستدرة سواء كانت هذه المضرة او المفسدة مادية ام معنوية.

وكل ماينفع الانسان ماديا او معنويا امرت به الرسالة المحمدية (الشرعية الاسلامية) وكل ما يلحق الضرر بالانسان ماديا او معنويا حرمه الاسلام ونهى عنه ووضع لمكافئة الاجرام والاضرار وسائل وقائية كالعبادات والعلاجية كالعقوبات.

فالعلة الغائية للدساتير والقوانين التي هي من صنع البشر في العالم كله هي تحقيق مصالح المجتمع الذي يحتم الدستور والقانون ويضع لهما ويعمل بمقتضاها. فهذه المصالح هي العلل الغائية الدافعة الى تشريع القانون وتعديله وإلغائه في ضوء المستجدات ومتغيرات الحياة ومصالح الانسان.

فكلما تغيرت المصالح يجب ان تتغير القوانين التي شرعت لأجلها لأنه إذا تغيرت المصالح وتطورت الحياة وتقدمت الحضارة وبقي القانون جامدا لم يساير ركب تقدم المجتمع يرجع ابناء هذا المجتمع ويقومون بالشدة ضده.

وينبغي على حصر الغاية من القانون في مصلحة المجتمع والفرد ان قانون كل مجتمع لا يصلح لمجتمع آخر لاختلاف مصالحهما ولأن القانون يستقى من واقع المجتمع ومن مستلزمات حياته.

وهذا ماقال به الفيلسوف والعالم الاجتماعي الفرنسي مونتسكيو^(١) حيث ذهب الى القول بضرورة اختلاف القوانين باختلاف الاقاليم والصروق والمعتقدات والمناخ والوسائل وغيرها من المصالح والمستلزمات الحياتية لكل مجتمع.

غير انه يجب ان يستثنى من هذه القاعدة العامة لمونتسكيو بعض المبادئ العامة والقواعد الكلية المشتركة بين الاسر البشرية كالحقوق التي يطلق عليها القانونيون مصطلح

(١) مونتسكيو- روح الشرائع ١/ ١٩ ومايليها.

(الحقوق الطبيعية) كحق حماية الحياة و العرض والمال والمساكن والتملك والتنقل وغير ذلك. وقال الفيلسوف الإنجليزي (جيمس بنتام)^(١١) : - (والنفعية القانونية فلسفة قانونية وضعية).

فالمنفعة القانونية مذهب وضعي من انصاره بنتام وغيره من الفلاسفة والمفكرين يرفض هذا المذهب الاعتقاد بقيمة القانون الطبيعي والأفكار الدينية والأخلاقية وإنما يؤمن فقط بالارتباط الوثيق بين المنفعة والقانون، فالمنفعة هي اساس القانون وهي غايته. ويفسر بنتام ومن يتفق معه من انصار المذهب الوصفي ان الارتباط بين القانون والمنفعة يكون على اساس ان الواقع يقول ان الانسان يضع نظام حياته بين قطبين هما: قطب تحقيق اللذة وقطب دفع الألم والضرر.

والاساس الوحيد لنشأة الدولة والغاية منها هو فكرة المنفعة، وان فكرتي القانون الطبيعي والعقد الاجتماعي من الأوهام ومن نسيج الخيال.

كما يقول بنتام لو فرضنا وجود ما يسمى القانون الطبيعي فان هذا القانون لا يمكننا ان نخلع عليه الصفات والخصائص التي نعلمها عليه انصار نظرية القانون الطبيعي فهو ليس قانونا ثابتا وخالدا وعالميا كما يدعون بل هو مجموعة مبادئ مصاغة من قبل عقل بعض المفكرين.

وجدير بالذكر ان فكرة النفعية القانونية ترجع جذورها الى الفلسفة الابيقورية التي أسسها أبيقور.^(١٢)

تقديم نظرية للمنفعة:-

أ- هذه النظرية اصابته في الامور التالية:-

- ١- في حصر فلسفة القانون في مصلحة الانسان.
- ٢- في إنكار وجود القانون الطبيعي فهو خيال لاوجود له في الواقع.
- ٣- في إنكار وجود نظرية العقد الاجتماعي فهو أيضا من الافكار الوهمية.

ب- واخطأت في الآتي:-

- ١- حصر المنفعة (الفلسفة القانونية) في اللذة المستجبة والألم المستدرا فالمنفعة التي

(١١) (١٧٤٨-١٨٢٢)

(١٢) أبيقور (٣٤٢ - ٢٧٠ ق. م) أثيني المولد وأشهر مايعرف به هو نظرية الخلقية ومذهب اللذة. ينظر الموسوعة الفلسفية المختصرة ص ١٥ ومايليها.

تعد فلسفة للقانون مرادفة للمصلحة وهي كما ذكرنا إيجابية وسلبية مادية ومعنوية وتشمل جميع متطلبات الحياة وجلب جميع المنافع التي هي من مستلزمات السعادة البشرية كافة ودرء جميع المضار والمفاسد التي هي تجلب الويلات الخاصة والعامة للانسان بصورة مشتركة ولو منفردة.

٢- عدم إعطاء القيمة للتقييم الدينية والاخلاقية دهوة نحو الانحطاط البشري وإغراقه الى العالم الحيواني والهمجي وهدم التفكير إلا بالذات والمصالح الشخصية.

٣- حصر المنفعة في اللذة المستجلبه والألم المستدراً يرفع التفرقة بين الخير والشر الذي يعيش ليأكل وبين الانسان الذي يأكل ليعيش ويؤدي رسالته.

والمذهب النفقي بالمعنى البنتامي لا ينظر الى اسباب الجريمة ومكانتها ولا الى مرض الجاني ومعالجته بل يعتمد على العقوبات القاسية على الجرائم حتى لا تكدر صفوة اللذة المطلوبة ولا تحولها الى الألم المرفوض.

والواقع ان المنفعة القانونية لا تكون فلسفة لتشريع القانون و تعديله وإلغائه ما لم تكن مرادفة للمصلحة الإيجابية والسلبية للمادية والمعنوية بمفهومها الشامل. وجدير بالذكر ان المصالح التي هي فلسفة القانون قد تكون متعارضة ومتضاربة بين افراد المجتمع لذا من الضروري ان يأخذ المشرع بنظر الاعتبار المبادئ العامة الآتية:

١- يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام حين التعارض.

٢- الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.

٣- إذا تعارضت المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة يسمح بينهما بقدر الأمكان والا فتقدم العامة.

٤- إذا تعارضت مصلحة عطفة مع مصلحة احتمالية تقدم الاولى.

٥- من الضروري رعاية مصالح الاجيال القادمة فالمعادن الفلزية واللافلزية ملك لجميع الاجيال في الماضي والحاضر والمستقبل كما قال سبحانه وتعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً^(١)﴾. والحطاب في هذه الآية موجه الى جميع الناس في جميع اجياله ومن الاخطاء التي لا تفتقر إصراف بعض الدول في إستخراج النفط وبيعه بأكثر من اللازم دون حاجة ماسة الى هذا الاسراف والتبذير على حساب خسارة الاجيال القادمة.

المبحث الثاني فلسفة القانون تطبيقاً

فلسفة تطبيق القانون من قبل القضاء هي تحقيق المساواة والعدالة:

أولاً: تحقيق المساواة:

المساواة في اللغة هي اتفاق شيئين في الكمية كما ان المشابهة اتفاتها في الكيفية والاتفاق في الكمية هو ان احد الشينين يمكن ان يستبدل بالآخر دون زيادة او نقصان^(١). والمساواة في علم المنطق عبارة عن صدق كل من مفهومي مصطلحين على جميع ما يصدق عليه الآخر^(٢). كالعقد الموقوف والعقد غير النافذ^(٣). وفي الاصطلاح القانوني نوعان المساواة في القانون والمساواة امام القضاء:-

١-المساواة في القانون:

عبارة عن التوازن بين حقوق والتزامات كل من ينضع له فكل من يأخذ حقاً اكثر من التزامه يعد متجاوزاً عن حدوده القانونية وغاصباً لحقوق الآخرين وتكون مسؤوليته جزائية ومدنية ان كان عالماً بهذه الزيادة ومدنية فقط اذا كان يجهل ذلك. والمسؤولية لا تقتصر عليه فقط وانما تشمل السلطة التي منحتة حقوقاً اكثر من التزاماته. وبمعكس ذلك من كلف بأداء التزامات اكثر من حقوقه يعد معتدى عليه وتقع المسؤولية على المعتدى سواء كان

(١) المعجم الفلسفي د. جميل صليبا ٢ / ٣٦٧

(٢) للبرهان للعلامة الشيخ اسماعيل بن مصطفى المعروف بشيخ زادة الكلبجي (ت-١٢٠٥ هـ) مطبعة السعادة / مصر / ص ٥٢

(٣) فمفهوم كل واحد منهما يصدق على جميع ما يصدق عليه الآخر وهو انعقاد العقد صحيحاً مع عدم ترتب الأثر عليهما (للعقود والتزامات) الا بعد اجازته من له حق هذه الاجازة كمقد معاوضة يكون احد طرفيه ناقص الأهلية فلا تترتب عليه الآثار الا بعد اجازته الولي فإن اجازته ترتبت عليه الآثار بالأثر للرجعي والا فيعتبر كأن لم يكن اصلاً.

شخصاً طبعياً أو معنوياً ما لم يكن الملتزم متطوعاً ومتجرعاً بآداء الزيادة وهو عاقل بالغ مختار فعلى الجهة المسؤولة عن إلزامه بالزيادة تعريضه عن ما يلحق به من ضرر تلك الالتزامات الزائدة. وينبغي على المساواة القانونية بالمفهوم المذكور وجوب توزيع الوظائف والمناصب والمسؤوليات على المواطنين حسب أهليتهم وكفاءتهم العلمية والعقلية والبدنية والادارية والسياسية لأن الوظيفة أو المنصب تكليف وليست حقاً فتقع مسؤولية عدم الكفاءة والأهلية على السلطة الزمنية التنفيذية التي تتولى تعيين شخص في مكان ليس أهلاً له وعلى الشخص الذي يقبل هذا التعيين مع علمه بعدم أهليته. ثم ان تعيين غير الكفؤ في الوظيفة أو قبوله في مرتبة علمية أعلى وهو ليس أهلاً لها (جرعة تقديم المصلحة الخاصة على المصلحة العامة)^(١). فيجب إستبعاد التعيين في الوظائف أو القبول في الدراسات والدرجات العلمية على أساس الحزبية أو المنسوية أو الوساطات أو أي سبب غير مشروع آخر. وفي سنة ١٩٨٣ كلفت بإلقاء محاضرة في ندوة علمية وسياسية في جامعة البكر في بغداد فانتقدت بشدة قبول الطلبة في البعثات لإكمال الدراسة خارج العراق وفي كلية التربية على أساس الحزبية البعثية. واعترض علي أحد المسؤولين قائلاً: نحن نأخذنا في حينه نريد اليوم ان نأكل ثمار نضالنا فقلت له يبدو ان حضرتكم لحد الآن لم يفهم معنى النضال فالناضل هو الذي يصبح شعبة يمتدح لينير الطريق امام الآخرين.

المرأة والمساواة مع الرجل:

للمرأة حق التمتع بجميع الحقوق التي يتمتع بها الرجل إذا كانت هذه الحقوق خاضعة لإرادة المشرع وقابلة للتنظيم القانوني كالوظائف والمناصب وتحمل المسؤوليات في الدولة لأن المالحق الذي خلفهما أقر هذه المساواة في الحقوق والالتزامات القانونية والتنظيمية لكلا الصنفين دون تفریق أو تمييز فقال سبحانه وتعالى في القرآن الكريم: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾^(٢).

(١) لم أجد أحداً حسب علمي يطلق على تقديم المصلحة الخاصة على المصلحة العامة تعبير الجريمة علماً بأن هذا الإطلاق حقيقة واضحة وضوح الشمس في منتصف النهار لأنه من باب خيانة الأمانة لذا نقتصر إدراج هذه الجريمة ضمن الجرائم الأخرى وتحدد لها عقوبة تتلائم مع حجمها.

(٢) سورة التوبة/٧١

ومن البدهي أن وظيفة كل مسؤول سياسي أو اداري عبارة عن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أي عن كل ما هو ضار وشر ومفسد في البلد.

ولم يفرق القرآن الكريم في تلك الولاياتين الذكر والانثى وإنما توزع المسؤولية على الصنفين على أساس الاهلية والكفاءة لا على أساس الذكورة والانوثة وقد تكون الانثى أكثر أهلية وكفاءة من الرجل في تحمل المسؤولية وإداء الواجب وعلى سبيل المثال وقف العلامة المجتهد المرحوم أبو أعلى المودودي الى جانب فاطمة جناح في إختيارها لرئاسة دولة باكستان ضد أيوب خان^(١). لهذه الرئاسة واحتج بأن فاطمة أكثر كفاءة لهذا المنصب المخطئ والمعروف أن الرسول (ﷺ) نهى أن تتولى المرأة هذه الرئاسة تخصيصاً لمعصوم مبارود في القرآن ولكن هذا النهي يحمل على حالة لا تكون المرأة المنافسة للرجل أكثر أهلية وكفاءة وإلا فتقدم على الرجل لان الغاية الاساسية من الرسالة المحمدية هي مصلحة الفرد والمجتمع كما نص على ذلك القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ هذا في الحقوق الارادية والتنظيمية، أما الحقوق الطبيعية والخلقية فليس باستطاعة أحد للمطالبة بالمساواة فيها.

ب- المساواة أمام القضاء:

المساواة أمام القضاء هي لبدا الذي يوجب معاملة جميع الافراد الذين يلجأون الى القضاء لحل الخلافات والنزاعات والمصومات معاملة واحدة من حيث الحقوق والالتزامات بطريقة لا يفضل أحد منهم على الآخر في إحقاق الحق أيا كان السبب.

ذكرنا سابقا ان المفروض في القاضي هو ان يكون نزيها لا يميل الى طرف لمكسب شخصي مادي أو معنوي وان يكون مستقلا في حكمه لا يتأثر بأي مؤثر خارجي على أساس العلاقات الشخصية والوساطات لوعلى أساس الموضوع لسلطة عليا وان يكون دينه دائما

^(١) ينظر للعلامة الاستاذ الدكتور يوسف القرضاوي: أولويات الحركة الاسلامية في مرحلة القادمة /ص ٢٩ حيث يقول (ولقد لقي للعلامة أبو أعلى المودودي وجماعته عنقا كثيرا حينما رأى في ضوء هذه المولزمات ان انتخاب فاطمة جناح أقل ضررا من انتخاب أيوب خان فشدت لفافرة عليهم بحدث (ان يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة) وهل يفلح قوم ولوا أمرهم طاغية تصير أم لن يفلحوا.

تحقيق العدالة وإعطاء كل ذي حق ما يستحقه من الشراب أو العقاب لأن القضاء إذا صلح صلح المجتمع وإذا فسد فسد المجتمع. يقال: إن رئيس وزراء بريطانيا السابق مستر تشرشل سأل بعد أن وضعت الحرب العالمية الثانية أوزارها عن تأثير هذه الحرب على سلوكية الشعب الإنجليزي فاجابوه بما اجابوه ثم سأل عن القضاء فقالوا لم يتأثر بالحرب ولا بسلبياتها فقال إذن بريطانيا لا تزال بخير. فالمساواة بين افراد الشعب مبدأ اساس في كل مجتمع ذي سيادة مستقلة تجب مراعاته في جميع المجالات وبوجه خاص امام القضاء..

ثانياً: تحقيق العدالة:

العدالة في اللغة: الاستقامة^(١). وفي الشريعة: الاستقامة على طريق الحق والابتعاد عما هو غفور ورجحان العقل على الهوى وضد الجور.

وفي اصطلاح الفقهاء: اجتناب الكبائر وعدم الاصرار على الصغائر والالتزام بالصدق واجتناب الكذب وصلازمة التقوى والبعد عن الافعال الخسيسة^(٢). والعدالة مرادفة للعدل باعتبارها مصدراً وهو الاعتدال والاستقامة والميل الى الحق. وجملة الكلام ان العدل عبارة عن امر متوسط بين طرفي الافراط والتفريط^(٣) والعدالة في اصطلاح الفلاسفة: هي المبدأ المثالي او الطبيعي او الوضعي الذي يحدد معنى الحق ويوجب احترامه وتطبيقه فإذا كانت متعلقة بالشئ المطابق للحق دلت على المساواة والاستقامة، وإذا كانت متعلقة بالفاعل دلت على احدى الفضائل الاصلية وهي الحكمة والشجاعة والعفة.

والعدالة ليست جزء من الفضيلة وإنما هي الفضيلة كلها والعدالة الاجتماعية هي احترام حقوق المجتمع^(٤).

(١) مختار الصحاح: مادة عدل

(٢) التمرغاني للبرجاني

(٣) الافراط للتجاوز عن الحدود من جانب الزيادة، والتفريط للتجاوز عن الحد المعقول المطلوب من

جانب النقص

(٤) المعجم الفلسفي / المرجع السابق / ٢ / ٥٨ ومايلها

العدالة المطلقة والعدالة النسبية:

قسم علماء القانون العدالة بحسب المفهوم الى العدالة المطلقة والعدالة النسبية: -

العدالة المطلقة يقصد بها العدالة الحقيقية والموضوعية التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان والاشخاص والظروف الخارجية (البينية) والذاتية (الشخصية)

فقالوا: ان العدالة بالنسبة لبعض الناس لها مفهوم مطلق ثابت لا يتغير باختلاف الزمان والمكان وانها قمة عليا تشتمل جميع القيم. وبالنسبة للبعض الاخر مفهومها نسبي يختلف من مجتمع الى آخر بل من طائفة الى اخرى في مجتمع واحد. فبالنسبة الى الفريق الاول العدالة مبنية على بعض المسلمات الثابتة غير القابلة للتبديل او التغير بغض النظر عما قد تده التقلبات الاجتماعية من تغيير المفاهيم في اذهان الناس.

وبالنسبة للفريق الثاني فالامر يتعلق بالعدالة التي تعمل الدولة على تحقيقها انها عدالة منظور اليها في مجتمع معين وفي زمن محدد الى آخره^(١١). ويلاحظ ان هذا التقسيم بالاضافة الى انه ليس مبنيا على اساس علمي دقيق واضح يميز الفريق الاول من الفريق الثاني فيه خلط بين العدالة من حيث للماهية والعدالة من حيث التطبيق فماهية العدالة حقيقية وموضوعية لا تتأثر باختلاف الزمان والمكان والاشخاص فهي عبارة عن الحكم باعطاء كل شخص معنوي او طبيعي ما يستحقه من مكافأة او عقوبة^(١٢). اما من حيث التطبيق فان هذه الماهية قد لاتراعي موضوعيتها لاسباب انسانية وغيرها فالمستحق المقدار محدد من المكافأة قد يأخذ اكثر من استحقاقه، والمستحق لعقوبة محدد بالقانون بمقتضى العدالة المطلقة قد يعاقب باقل مما يستحقه لاعتبارات ذاتية او خارجية ففي مثل هذه الحالات التطبيقية كما تكون العدالة حقيقية في بعض الاحيان قد تكون نسبية في احيان اخرى.

(١١) لمزيد من التفصيل يراجع د. ابراهيم حسن / غاية لقانون - دراسة فلسفة القانون / ص ١٣٣

(١٢) اي بدون زيادة او نقصان

العدالة التوزيعية والعدالة التبادلية:

قسم علماء القانون العدالة من حيث المصدر الى قسمين توزيعية وتبادلية:

- ١- العدالة التوزيعية: - هي التي يكون مصدرها السلطة العامة حين توزع بموجب المستور لوالقانون الأعباء (الالتزامات) والحقوق بناء على العلاقات القائمة بين هذه السلطة العامة وبين أعضاء المجتمع (الأفراد). لاعلى أساس المساواة المطلقة وإنما على أساس للمساواة التناسبية وذلك بلن تراعي وهي بصدد توزيع الأعباء والحقوق على الأفراد للاختلاف المحتوم الذي يوجد بين الأفراد من حيث الحاجات والقدرات والمؤهلات وطبيعة الأعمال التي يقومون بها.
- ٢- العدالة التبادلية: - وهي التي تهني على العلاقات المالية وغير المالية بين الأفراد انفسهم بعضهم مع بعض^(١) كالتوازن بين العرضين في المعامضات وبين الحقوق والالتزامات على أساس علاقة الزوجية وغير ذلك.

تقوم التقسيم:

هذا التقسيم كالتقسيم السابق معيب بميزان العقل السليم والمنطق حيث خلطوا بين ماهية المساواة وماهية العدالة فالمهيتان من حيث المفهوم متباينتان كما سبق. وتوزيع الحقوق والأعباء التي مصدرها السلطة العامة من باب المساواة لامن قسم العدالة. وكذلك العدالة التبادلية هي للمساواة بين العرضين والحقوق والالتزامات المتبادلة بين الأفراد. وهذا الخلط وقع فيه القانونيون نتيجة عدم إدراك النسبة المنطقية من حيث التحقق لان للمساواة متى تحققت تحقق العدالة دون العكس الكلي. ولكن العدالة من حيث المفهوم والماهية شيء. والمساواة شيء آخر فكان الأجدر بهم ان يقسموا المساواة الى التوزيعية والتبادلية مع رعاية العدالة

(١) ينظره. حسن كبره / المدخل الى القانون / دار النهضة / بيروت / ١٩٦٧ / ص ١٦١ وما يليها.
د. عبدالحى حجازي / المدخل لدراسة العلوم القانونية / الكويت / ١٩٧٢ / ص ٢١٤. د.
لبراهيم حسن / غاية القانون المرجع السابق ص ١٤٧ وما يليها.

ثم ان العدالة من القيم والفضائل وأحلق الحق وإعطاء كل ذي حق حقه الذي يستحقه، بينما المساواة من باب المرازقات بين الحقوق والاهباء من السلطة العامة وبين الحقوق والالتزامات المتبادلة من الافراد بعضهم مع البعض.

التفرقة بين العدل والعدالة:

فرق علماء القانون بين العدل والعدالة فقالوا: العدل هو الحكم بإعطاء كل مستحق إستحقاقه بدون زيادة أو نقصان.

اما العدالة فهي عبارة عن الحكم بإعطاء الشخص أكثر أو أقل مما يستحقه لاعتبارات إنسانية أو غيرها فالقاضي إذا حكم على الجاني بمقربة أقل من حجم الجريمة فهو عدالة وليس بعدل وكذلك رئيس مؤسسة إذا كرم أحد منتسبيها لأي اعتبار كان بأكثر مما يستحقه فهو عدالة وليس بعدل وهكذا^(١). وهذا التمييز بين العدل والعدالة خطأ شائع لدى القانونيين فهو خلط بين العدل والعدالة وبين الاحسان فالزيادة أو النقص لأي اعتبار كان هو من باب الاحسان لا من باب العدل والعدالة وقد نص القرآن على الفرق بين العدل والعدالة وبين الاحسان في قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾^(٢). فعطف الاحسان على العدل للمغايرة فاذا اخذ الانسان من حقه ما يستحقه بدون زيادة أو نقصان فهو من باب العدل والعدالة واذا اخذ مع نسبة من زيادة أو نقصان لاعتبارات انسانية أو اخلاقية أو نحو ذلك يسمى احسانا. ثم ان العدالة مشتقة من العدل فالمشتق منه يبقى محتفظا بمعناه في جميع مشتقاته ما لم تتغير المادة الاصلية (الحروف الاصلية). وعلى سبيل المثال لفظ (القتل) الذي هو مصدر لسائر مشتقاته معناه القانوني والشرعي اذهاق روح انسان كان حين الاعتداء عليه على قيد الحياة فهذا المعنى لا يتغير في فعل الماضي (قتل) المضارع (يقتل) واسم الفاعل (القاتل) واسم المفعول (المقتول).

(١) د. عبدالحى حجازي / المرجع السابق / ص ٢١٩

(٢) سورة النحل / ٩٠

المبحث الثالث

فلسفة القانون تنفيذيا

تنفيذ العقوبة على الجاني بما يسلب حريته أو يؤذي جسده وكذلك تنفيذ التعويض على المدين أو نحر ذلك يجب أن يقصد به إصلاح الجاني وجبر ما نقص بسبب عمل غير مشروع. وفلسفة الجزاء الجزائي إصلاح وفلسفة الجزاء المدني جبر لضرر لحق بالمدان نتيجة قيام المدين بعمل ضار غير مشروع.

والعدالة تتطلب من جميع دول العالم أن تغير سياستها العقابية وتبذل فكرة الشار والانتقام بنظرية الإصلاح بعد أن قطع الانسان شوطا بعيدا في التقدم والتطور والخطارة. وقد أن الأران لتبديل السجون والمعتقلات بالمدارس الإصلاحية لتعليم المحكوم عليه للهن والحرف كالخياطة والتجارة ونحت التحفيات ومكافحة الأمية واستخدام الاجهزة الحديثة كالكومبيوتر والانترنت للاطلاع على المستجدات والمكتشفات العلمية الحديثة ولهو ذلك. ويجب إلقاء المحاضرات الدينية والقانونية والاجتماعية والاخلاقية والنفسية ونحو ذلك عليهم بمعدل محاضرتين لجميعهم في كل شهر على الأقل. ويجب فتح الزيارات لذريهم في كل اسبوع مرة أيا كان حجم الجريمة التي ارتكبتها للسجون.

ويجب ترك عادة السجن الانفرادي لمن تعتبر جرمته ذات خطورة على المجتمع لان هذا النمط من السجن لايزيد السجن الا حقدا على مجتمعه. ويجب تحويل بنايات السجن والمعتقلات الى أبنية تتوافر فيها كافة المستلزمات الصحية والالعاب الرياضية ويجب أن يكون في كل سجن مكتبة تتوافر فيها الكتب المفيدة في كافة العلوم. ويجب منح الاجازات الشهرية لمن لا تعد جرمته ذات خطورة كبيرة وذلك بكفالة مالية لوشخصية ليأخذ قسطا من راحته بحرية حتى يستيقظ ضميره ويشعر بذنبه وتقصيره ويتجه نحو إصلاح نفسه وتقويم سلوكه.

ويجب أن لاتهان كرامة المتهم حين التحقيق معه وحين محاكمته وحين تنفيذ العقوبة عليه بعد الحكم لانه انسان كرمه خالقه بدون تمييز فيجب ان لا يهان من العبد. قال سبحانه

وتعالى في القرآن الكريم: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَخَلَقْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾^(١).

وجدير بالذكر ان تنفيذ العقوبة على الجاني مر بمراحل متعددة حسب تأخر وتقدم المجتمعات في تاريخ البشرية واهم تلك المراحل هي الآتية: -

١- مرحلة الشاؤم الانتقام من الجاني نفسه أو من أي شخص آخر ينتمي الى عشيرته أو قبيلته. وهذا النمط الهجمي المتخلف كان قد يؤدي الى نشوب حروب طاحنة لسنوات بين عشيتي أو قبيلتي الجاني والمجني عليه. ولا تزال هذه العادة السيئة سارية بين بعض العشائر والقبائل المتخلفة رغم التطور البشري.

٢- مرحلة تسليم الجاني الى قبيلة المجني عليه لتصبح تحت رحمتها ان شاءت قتلته وان ارادت استعبده وسخرته لآربه. وهذه المرحلة كانت بعد أن مر الانسان بقبس من التطور.

٣- مرحلة الدية (التعويض للمالي) فبعد شيء من التقدم والتطور كان عشيرتا أو قبيلتا الجاني والمجني عليه تتفقان على تعويض مالي يعطى لولي الدم وقد اقر الاسلام هذا النمط من الصلح بين جميع الاطراف وكان هذا التعويض يقدر بمائة إبسل أو بما يقابل ثمنها ولكن الاسلام اعطى ثلاث خيارات لولي الدم: اخذ القصاص من الجاني، أو العول الى الدية، أو التنازل من الحقين المذكورين فقال تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيِهِ سُلْطَانًا﴾^(٢). والسلطان في هذه الآية عبارة عن سلطة اختيار احد الخيارات المذكورة. وبناء على هذه السلطة فلا يحد مقدار الدية بل يجوز الاتفاق بين الطرفين على أي مبلغ كان مالم يزد مقداره عن ثمن مائة إبسل في كل زمان ومكان.

٤- مرحلة التكفير عن الذنب بحيث تتناسب العقوبة كماً وكيفاً مع حجم الجريمة لذا كانت طريقة التنفيذ في هذه المرحلة غالباً تتسم بالقسوة والوحشية.

٥- مرحلة فكرة النفعية أي أن العقاب لا يوجه في تنفيذه الى الماضي للتكفير عن جريمة وقعت وانتهى امرها وإنما يوجه الى مستقبل يحتمل وقوعها وتكرارها فكان

(١) سورة الاسراء/٧٠

(٢) سورة الاسراء/٣٣

هذا المتوقع يمنع منعا خالصا بزجر الجاني ومنعا عاما عن اقتداء الآخرين به عن طريق الردع.

٦- مرحلة التوفيق بين الفلسفة التنفعية (حماية المجتمع من الاجرام في المستقبل) و الفلسفة الاخلاقية (تحقيق العدالة).

٧- مرحلة الاتجاه الحديث في التشريعات العقابية الحديثة فهو الغاء عقوبة الاعدام وفكرة الاشغال الشاقة في تنفيذ العقوبة. وتبديل عقوبات بعض الجرائم الماسة بحرية الانسان وجسده بالعقوبات المالية (الغرامات). وبإيقاف التنفيذ مع وضع المراقبة على من يتم ايقال تنفيذ عقوبته إذا توافرت شروطه.

وبالنفي من مكان الى مكان اخر أو الإقامة الجبرية أو اتخاذ التدابير الاحترازية الوقائية أو نحو ذلك. ومن المعروف أن الشريعة الإسلامية ركزت على الوسائل الوقائية واعتمدت عليها في مكافحة الاجرام اكثر من الوسائل العلاجية (العقوبات). فجميع العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصيام والمالية المحضة كالزكاة والانفاق في سبيل المصلحة العامة والمخلطة من المالية والبدنية كالحج كلها وسائل وقائية لاصلاح الانسان وبالتالي لمكافحة الاجرام.



الفصل التاسع

مبادئ العدالة وآداب القضاء في الإسلام

نتناول دراسة هذا الموضوع في
مبحثين ينمض الأول لمبادئ
العدالة والثاني لآداب القضاء..



المبحث الأول

مبادئ العدالة في الإسلام

العدالة عبارة عن إعطاء كل ذي حق حقه فهي ثابتة في كل زمان ومكان وفي جميع الظروف خلافاً لمن زعم أن العدالة أمر نسبي. كما أن المساواة عبارة عن التوازن بين الحقوق والالتزامات بالنسبة لكل شخص طبيعي أو معنوي.

والعدالة أمر بها القرآن الكريم في جميع مجالات الحياة وفي العلاقات البشرية وقد أمر بها القرآن الكريم في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَعْلَمُوا بِالْعَدْلِ﴾^(١). ومنها: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَغْرِبَ لَكُم شَتَّىٰ قَوْمٌ عَلَىٰ الْأَعْدِلُوا أُعْذِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾^(٢). ومنها: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾^(٣).

ومن تتبع القضية الرسول (ﷺ) والخلفاء الراشدين وفقهاء الصحابة تبين له بوضوح أن ديدنهم كان هو تحقيق العدالة إيماناً منهم بأن النصوص إن هي إلا وسائل لتحقيق هذه الغاية.

وقد تولى مهمة القضاء بعد الرسول (ﷺ) غلبة من فقهاء الصحابة والتابعين اللذين كانوا على المام تام بلغة القرآن ولهم المعرفة بأسباب النزول وأسرار التشريع إضافة إلى صفاء الذهن وسرعة الفهم وسلامة الفطرة وذكاء القرينة والملكة الفقهية، فكانوا أمناء على شرع الله وخلفاء في قيادة الأمة فصاروا على نهج الرسول وسلكوا السبيل الذي سلكه في تحليل أحكام الله بغايات ومصالح مقصودة من تشريعها وتطبيقها وتنفيذها فتوسعوا في هذا المضمار من غير مخالفة ولا عصيان إذعاناً منهم بأن شريعة الله ليست جامدة على

(١) سورة النساء / الآية: ٥٨

(٢) سورة المائدة / الآية ٨

(٣) سورة النحل / الآية: ٩٠

النصوص حتى توقع الناس في حرج لان الحرج مرفوض في دستور الله كما قال سبحانه وتعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(١).

ومن أجل ذلك طبقوا النصوص تطبيقاً علقاً للعدالة وكانوا يعمدون الى حكم منصوص فيستنبطون له العلة ليوصلوا دائرة تطبيقه ويحكمون احكاماً يخال انهم خالفوا بها حكم الله ولكنهم يشاقب نظرهم علموا ان هذا الحكم معطل بعله فزالت فيجب إيقاف العمل به وبذلك استحدثوا لنا مبدأ عاماً وهو: (ان الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً). وحياناً لم يطبقوا النص في مجالات تزدي المصلحة المتوخاة من تطبيقه الى تفويت مصلحة أهم. ومن هذا ابتكروا لنا مبدأ: (اذا تعارضت مصلحتان يؤخذ بأحدهما). وكثيراً ماخصصوا النصوص العامة وقيودوا النصوص المطلقة بالمصالح العامة لانهم وعوا ان الشريعة الاسلامية اتت لتحقيق مصلحة الاسرة البشرية كما قال سبحانه وتعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾^(٢). والرحمة هي المصلحة دينية كانت أو دنيوية مادية أو معنوية إيجابية (منفعة مستجبة) أو سلبية (مضرة مستدرة) وغير ذلك من تطبيقاتهم القضائية التي عسدت الطريق أمام القضاء في الاجيال والازمنة المستقبلية وتركوا مبادئ عامة يهتدي بها القضاء في كل زمان ومكان لتحقيق العدالة واعطاء كل ذي حق حقه المشروع ومن تلك المبادئ ما يأتي:-

أولاً: مبدأ عدم تقييد القاضي بحرفية النص.

لم يلزم قضاة الصحابة والتابعين أنفسهم التمسك بحرفية النص والوقوف عند المعنى الحرفي إذا كان قابلاً للاجتهاد. ومن الواضح ان القاضي يهتدي في الحالتين:-

احدهما: حالة غياب النص فاذا لم يجد القاضي نصاً خاصاً يحكم القضية المعنية به فعليه الاجتهاد للوصول الى حكم عادل مستعيناً بالمصادر التبعية.

والثانية: حالة وجود نص لا تكون دلالته على الحكم قطعية: وبناء على هذا الأساس يحمل ماورد في المادة الثانية من القانون المدني العراقي القائم (الامساغ للاجتهاد في مورد النص) على النص الذي تكون دلالته على الحكم قطعية بحيث لا يمتثل حكماً

(١) سورة الحج/ آية ٧٨.

(٢) سورة الانبياء/ آية ١٠٧.

أخر أما إذا كان هنى الدلالة فعلى القاضي أن يجهد فيه لتحديد حكم يكون ملائمة، وأقرب عدالة، وأوفر مصلحة.

ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ قضاء عمر بن الخطاب (هـ) وعلي بن ابي طالب (هـ) بتطبيق القصاص (عقوبة الاعدام) على أكثر من واحد إذا اشتركوا في قتل شخص واحد دون التقييد بحرية قوله تعالى: ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسُ بِالنَّفْسِ﴾^(١). لأن ظاهر هذا النص يقتضي للمساواة بين حجم الجريمة وحجم العقوبة بحيث إذا كان للمقتول واحداً فيقتص من قاتل واحد كما أن لفظ (القصاص) ظاهر في هذه المعادلة.

ونقطة البداية في القرار للمساواة الجنائية هي والعة جرمية وقعت في اليمن في عهد خلافة عمر بن الخطاب (هـ) خلاصتها: -

أن امرأة اشتركت مع رجل كان بينهما علاقة غير مشروعة في قتل ابن زوجها من الزوجة السابقة خشية تسرب هذه العلاقة عن طريقه إلى زوجها ثم انكشفت الجريمة بمعد تنفيذها ورفعت القضية إلى الوالي في صنعاء اليمن (يعلي بن أمية) بصفته قاضياً إضافة إلى سلطته التنفيذية غير أنه وقف أمام ظاهر قوله تعالى: ﴿أَنْ النَّفْسُ بِالنَّفْسِ﴾ مستدداً كيف يقضي بالاعتصام من قاتلين والمقتول واحد ففاتح مركز الخلافة بالموضوع فتشاور عمر وعلي في الأمر ثم وصل اجتهداهما إلى أن التقيد بظاهر هذا النص والتمسك بحريته سوف يعرض حياة الأبرياء للخطر لأن كل من لواه قتل شخص يأتي بأخر يشاركه في تنفيذ الجريمة حتى لا يؤخذ منه القصاص ورعاية للمعادلة وحماية لأرواح الأبرياء أقرا معا وجوب تطبيق حكم القصاص على أكثر من واحد إذا اشتركوا في الاعتداء على حياة وسلامة شخص واحد فلجاب الخليفة عمر واليه قائلاً مقرئته المشهورة (لو تمألاً أهل صنعاء كلهم على قتل واحد لقتلهم) وفي رواية (اقتلهم).

ثانياً: مبدأ صلاحية القاضي تخصيص عموم النص وتقييد مطلقه بالمصلحة كلما دعت العدالة إلى ذلك:

لقد أدرك قضاة الصحابة ومن أتى بعدهم أن جميع الشرائع الإلهية التي نزلت على الأنبياء والرسل غايتها مصلحة الإنسان لأن الخالق الذي خلق كوناً لاتزال عقول علماء

^(١) سورة المائدة/ الآية: ٤٥.

القضاء خيارى أين يبدأ وأين ينتهى. غني مطلق عن المصالح التي تحققها هذه الشرائع وتطبيقها.

ومن هذا المنطلق تكون الغاية المتوخاة من النصوص هي العدالة ومصلحة الانسان من جلب نفع ودرء ضرر وعلى اساس هذا المبدأ فان للقاضي تفصيل النص العام وتقييد النص المطلق كلما دعت العدالة الى ذلك.

ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ قيام سيدنا علي بن ابي طالب (هـ) بتخصيص عموم قول الرسول (ص) (لا ضمان على مؤتمن) أي لا ضمان على من تكون يده يد امانة على مال الغير ما لم يكن متعدياً أو مقصراً للفظا (ضمان ومؤتمن) نكرتان والقان في حيز النفي يفيدان العموم وفقاً للقواعد الأصولية ورغم ذلك فان علي بن ابي طالب (هـ) خصص هذا العموم بالمصلحة وقضى بتضمين الاجير المشترك^(١)، فحضى بتضمينه اذا تلف تحت يده مال من استأجره ولو لم يكن مقصراً لحماية أموال الناس والزماً له بأن يبذل في حفظه عناية ماله الخاص أو عناية الرجل المعتاد.

ولما قيل له كيف تقضي بضمانه ويده يد امانة وقد قال الرسول (ص) (لا ضمان على مؤتمن)، أجاب بمقولته المشهورة: (لا يصلح الناس إلا ذلك)^(٢)

ثالثاً: مبدأ دوران الحكم مع ملته وجوداً وهدماً

لكل تشريع باعث دافع والا لكان عبثاً والباعث الدافع لكل نص مقدم على تشريعه في التصور ومؤخر عن تطبيقه وتنفيذه في التحقق لان غاية كل شيء نتيجته وهذه النتيجة أو الغاية لها تسميات آخر منها الحكمة، والمصلحة، والعلة، فاذا تطلبت الغاية المتوخاة من تشريع نص، على القاضي ايقاف العمل به في الواقعة التي لا يتحقق تطبيق النص فيها غايتها والعدالة المتوخاة منه لأن تطبيقه حينئذ يكون من باب الخروج عن مقاصد الشارع.

^(١) وهو الذي يعمل لاكثر من شخص واحد كالضباط والنجار والحداد والمقاول.

^(٢) السنن الكبرى للبيهقي: ٢٨٩/٦، في الترميز والتيسير (١٢٢/٢): وضمن ابو يوسف ومحمد الاجير المشترك فيما يمكن الاحتراز منه كالسرقة بخلاف ما اذا هلك بالسبب الغالب وهو ما لا يمكن الاحتراز عنه كالحرق والفرق والغارة العامة فانه لا ضمان فيه وانما ضمانه بقول علي (رض).

ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ قضاء عمر بن الخطاب في خلافة ابي بكر (هـ) بإيقاف العمل بنص قوله تعالى: ﴿وَالْمُؤَلَّفَةُ قُلُوبُهُمْ﴾^(١١) في آية تحديد أصناف المستحقين للزكاة. والمؤلفة قلوبهم كانوا ثلاثة أقسام:

قسم كانوا من المشركين الذين تضررت مصالحهم برسالة محمد (ﷺ) الداعية الى المساواة والقضاء على الظلم واستعباد الانسان لاختيه الانسان واستئصال جذور الشرك والنظام الطبقي البغيض، فحاولوا وضع العراقيل، في طريق نشر هذه الرسالة لذا خصصت لهم نسبة من موارد الزكاة لايقاف نشاطهم التخريبي ووضعت حد لتحركاتهم الشريرة ضد الاسلام. والقسم الثاني كانوا من غير المسلمين ايضاً ولكن كان في اسلامهم مصلحة فخصص لهم بعض من موارد الزكاة لاستمالة قلوبهم.

والقسم الثالث كانوا حديثي العهد بالاسلام فلم يتركز الايمان في قلوبهم بعد فأعطي لهم نصيب من الزكاة حتى يتبين الرشد لديهم من الغي.

ويعد ان تقوى مركز الاسلام وزال الخطر عليه رأى عمر بن الخطاب (هـ) الاستغناء عن استمالة القلوب فقتضى بعدم صرف الزكاة للمؤلفة قلوبهم بالسامهم الثلاثة لان الزكاة شرعت لمكافحة الفقر وتضييق النظام الطبقي بين الغني والفقير وقد اجمع على هذا الرأي فقهاء الصحابة في عهد الخليفة الاول وبذلك اصبح حكماً جمعاً عليه ويعتبر عمر بن الخطاب بهذا الصنيع اول شخص استحدث قاعدة (الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً).

رابعاً: مبدأ عدم تفويت تطبيق حكم النص لمصلحة أهم:

المصالح المتوخاة من تشريع النصوص وتطبيقها وتنفيذ احكامها منها ضرورة يؤدي تحلقها الى الاخلال بالنظام والحياة ومنها حاجية يؤدي عدم تحقيقها الى الحرج والضيق، ومنها كمالية تحقيقها من الكساليات والتحسينات وتعتبر مكسبة للمتعين السابقين وبناء على هذا التفاوت في أهمية المصالح اذا حصل التعارض بينهما تقدم المصلحة الضرورية على المصلحة الحاجية كما تقدمان على الكسالية.

والمصالح الضرورية خمس وهي مصلحة حماية الدين والحياة والعرض والمال والعقل فهي من ضروريات حياة كل مجتمع في العالم بحيث اذا اختلت واحدة منها يمتل المجتمع في الحياة واذا

^(١١) في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةُ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْفَارِسِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَإِنَّ السَّبِيلَ فَرِيضَةٌ مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ سورة التوبة: ٦٠.

حصل التعارض بين هذه المصلحة الضرورية المحسنة وتقدم مصلحة حماية الدين والعرض على حماية الحياة وحماية الحياة على حماية الاموال. ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ أن عصر بن الخطاب قضى في سنة الجاهلية برفع عقوبة السرقة الواردة في قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللَّهِ﴾^(١). عن الذين ارتكبوا جريمة السرقة لسد حاجتهم الضرورية في المعيشة وقال في تعليل وتسيب هذا القضاء، مقولته المشهورة: (في تطبيق العقوبة حماية الاموال وفي إيقافها بالنسبة للمضطرب حماية الارواح، وحماية الارواح أولى بالرعاية من حماية الاموال).

خامساً: مبدأ عدم تغيير حكم القاضي للواقعة:

في الاسلام لا يعتبر حكم القاضي منشأً حق وانما هو كاشف ومقرر لما هو موجود في الواقع لان الله تعالى في كل تصرف من تصرفات الانسان ولكل واقعة تواجهه حكماً خاصاً ان أصابه المجتهد أو القاضي فهو مصيب وان لم يصبه فهو غلطى..

وبناء على ذلك اذا كان حكم واقعة لا تصرف هو الخطر في الواقع وحكم القاضي بالمجاز لا كان الامر بعكس ذلك، فان العبرة بالحكم الواقعي لا بما حكم به القاضي فعلم القاضي لا يخلل حراماً ولا يجرم حلالاً سواء كان عدم أصابة القاضي للحكم الواقعي بسبب خطأ في الاجتهاد لو كان بسبب ما قدم اليه من الادلة الكاذبة والمستندات المزورة.

وأساس هذا المبدأ هو قول الرسول (ﷺ) في قضائه في الدعاوى التي كانت ترفع اليه (انكم تختصمون إلي ولعل بعضكم اهل حق وبعضكم اهل باطل) بحيث من بعض القاضي له على نحو ما اسمع منه^(٢) فمن قطعت له من حق اخيه شيئاً فلا يأخذه فانما القطع له به قطعة من النار^(٣). فهذا الحديث يدل دلالة واضحة على ان حكم القاضي لا يخلل به للمحكوم له ما حكم به له على غيره اذا كان صادراً باطلاً في نفس الامر وما اقامه من البينة كاذباً.

(١) سورة المائدة - الآية: ٣٨.

(٢) للحن هو الميل من جهة الاستقامة والمراد ان بعض الخصماء يكون اعرف بالمجة والظن لها من غيره.

(٣) من الدعاوى والاجابات والبيانات والايامان وقد تكون باطلة في نفس الامر فيقطع من مال اخيه قطعة من النار ما يقول اليه.

(٤) لكن اذا كان للمحكوم له حسن النية وجاهلاً بكذب لوتزوير البينة لو لا يعرف بخطأ القاضي فانه لا يعتبر اشأاً.

أما القاضي فيجوز له أن يحكم بما ظهر له، وإن يحرم المحكوم عليه على هذا الظاهر وقبوله لتنفيذه، فالإسلام لا يلزم القاضي بأن يحكم دائماً باليقين لأنه لو طلب منه اليقين في كل شيء لتعطلت أمور كثيرة ولضاعت حقوق الناس، لأن الدعاري والبيئات أخبار وكل خبر يحتمل الصدق والكذب من حيث ذاته فلا يحصل بها إلا الظن وهو الإدراك الراجح لدى الإنسان مع احتمال آخر مرجوح يسمى الوهم، كما يسمى إدراك طرفي القضية من الثبوت وعدمه بصورة متساوية شكاً، فكما لا يلزم القاضي بالعمل باليقين لا يجوز له أن يحكم بالشك لأن الشك يفسر لصالح المتهم.

سادساً : مبدأ المعاملة بنقيض القصد السيء :

أمر الإسلام الإنسان بحسن النية في كافة تصرفاته وتعامله مع الغير وحرم إلحاق الضرر بالغير لو مقابلة ضرره بالضرر في فعله أو قوله على لسان رسوله: (الاضرر ولاضرار^(١)) وربط الرسول (ﷺ) العمل بالنية وجعله تابعاً لها صحة وفساداً فقال: (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى) وبناء على هاتين القاعدتين أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن من طلق زوجته وهو في مرض الموت بدون طلب أو تقصير منها يقع الطلاق إذا كان واقعياً ولكن الزوجة تتركه معاملة معه بنقيض قصده السيء. لأن طلاقه في هذا الطرف يفسر بأنه أراد حرمانها من الميراث.

ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ قضاء سيدنا عثمان بن عفان (رضي الله عنه) في خلافته بتوريث فماضر زوجة عبدالرحمن بن عوف^(٢) حين طلقها طلاقاً بائناً في مرض موته ثم أصبحت هذه السابقة القضائية مصدرالحكم لجميع الفقهاء. بوقوع طلاق المريض مرض الموت وتوريث زوجته رغم وقوع الطلاق بائناً معاملة بنقيض قصده السيء. وهذا مالم يختلف فيه إلا من شذ لكنهم اختلفوا في تحديد المدة التي يسقط حق الزوجة في الميراث بعدها كما يأتي:

أ - قال الحنفية^(٣) ترث الزوجة إذا مات الزوج وهي لا تزال في العدة وإذا مات بعدها لا ترث لانقطاع العلاقة الزوجية.

(١) سبل السلام: ١١٠/٣.

(٢) المنتقى شرح الموطأ: ٨٥/٤ وما بعدها.

(٣) المبسوط للسرخسي: ١٥٤/٦ الدر المختار وشرح تنوير الإبهار مع رد المحتار: ٣٨٣/٣.

ب- وقال الجعفرية^(١) ترث مالم تمض سنة على الطلاق والزوج لا يزال حياً، ومالم تنزوج في حياة الزوج فإذا مات بعد مرور سنة على الطلاق أو تزوجت هي في حياة الزوج. فانها لا ترث وتتفق فلهاء المتأبلة^(٢) مع الجعفرية في ان زواجها يسقط حقها في الميراث لانه يعتبر بمثابة التنازل عن حق الميراث.

ج- وقال المالكية^(٣) والاباضية^(٤) ترث مطلقاً لان سبب الميراث ليس العلاقة الزوجية بل ماحل ملها وهي المعاملة بنقيض القصد السيء. سداً للزنازع وهذا السبب لا يسقط بالتقادم وهذا الرأى الاخير هو القميين بالاخذ فما دامت علة الحكم باقية يبقى الحكم لانه ينور معها وجوداً وعدماً.

وبناء على هذا المبدأ الذي قضى به احد الخلفاء الراشدين واصبح مجمعاً عليه في عهده من الضروري اعادة النظر في الفقرة الثانية من المادة (٣٥) من قانون الاحوال الشخصية العراقي القائم التي تنص على انه (لا يقع طلاق المريض مرض الموت أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك إذا مات في ذلك المرض أو تلك الحالة)، واقترح حذف الفقرة الثانية من هذه المادة للأسباب الآتية: -

١. يخالف لجميع قوانين البلاد العربية والاسلامية التي تقضي بوقوع الطلاق وصيرته الزوجة.
٢. القول بعدم وقوع طلاق المريض مرض الموت حين تمتعه بالوعي الكامل والادراك التام يخالف لاجماع فقهاء المسلمين.
٣. اذا كان عدم الوقوع لعدم الادراك التام لدى الزوج فانه يكون مكرراً مع الفقرة الاولى من هذه المادة التي تنص على عدم وقوع طلاق فاقد التمييز لكبر او مرض.
٤. اذا كان الطلاق لا يقع تكون عبارة (وترث زوجته) عبثاً والمفروض ان القانون لاهب فيه.

(١) المكاتبي للكليني: ١٢٢/٦.

(٢) المعنى لابن قدامة: ٣٢٠/٦.

(٣) المنتقى شرح موطأ الامام مالك: ٨٦-٨٥/٤.

(٤) شرح النيل وفضاء العليل لمزيد من التفصيل راجع مؤلفنا سلطان الارادة في الطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون خلال ٤٠٠٠ سنة: ٧٠-٥٩/٢.

٥. إذا كان قصد المشرع حماية حقوق الزوجة فإن الفقهاء اجمعوا على حماية هذه الحقوق.
٦. كيف يعلم القاضي مقدماً أن هذا الزوج المريض يموت في هذا المرض اليس الله قادراً على شفاؤه فكم من الناس اقرت اللجان الطبية حتمية موتهم خلال فترة وجيزة ثم عاشوا بعد ذلك سنوات. وبناء على هذه الفقرة فإن الزوجة تبقى في المدة الواقعة بين حكم القاضي وبين موت الزوج في حالة من الزوجية واللازوجية فإذا مات في هذا المرض يكون حكمه صائباً وإلا فيكون مخالفاً للواقع لان الطلاق لم يكن في مرض الموت حتى يحكم بعدم وقوعه.

سابعاً: مبدأ تغير الاحكام بتغير الأزمان:

من الضروري ان يكون القاضي عالماً بالظروف التي كانت تحيط بتشريع النص حتى يقارنها بظروف تطبيقه بحيث اذا وجدها حين التطبيق قد طرأ عليها تغير يخص النص ان كان عاماً ويقيد ان كان مطلقاً ويؤوله اذا كان قابلاً للتأويل لانه في حالة غياب هذه الموازنة قد يحكم القاضي بما يخالف العدالة فيلحق الخرج والعسر بالمجتمع وهما مفروضان بقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(١). وقوله: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾^(٢). ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ: ان اسعار المواد والحاجيات في المدينة المنورة ارتفعت وغلت فذهب وفد الى الرسول (ﷺ) فقالوا يا رسول الله غلا السعر في المدينة فسر لنا فامتنع الرسول عن الحكم بالتسعر واعتبر ظمناً مخالفاً للعدالة لان سبب ذلك الغلاء أو ارتفاع الاسعار كان قلة الانتاج وكان راجعاً الى قانون العرض والطلب فكان الطلب اكثر من العرض فقال الرسول (ﷺ): (ان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق اني لارجو ان ألقى الله وليس احد منكم يطلبني بمظلمة في دم أو مال)^(٣). ولذلك اعتبرت التسعير في ظل تلك الظروف مظلمة مخرة بحق التجار والباعة.

ولما تغيرت تلك الظروف في عهد فقهاء التابعين وتبدلت النفوس ومالت الى الجشع والاستغلال والاحتكار وكسب الربح على حساب المستهلك قضى قضاء وفقهاء التابعين بالتسعر رفعاً للخرج والضييق ومن هؤلاء سعيد بن المسيب وربيعة بن عبد الرحمن ويحيى

(١) سورة الحج/ آية ٧٨.

(٢) سورة البقرة / ١٨٥.

(٣) نيل الاوطار للشوكاني: ٢٣/٥.

الانصاري وغيرهم مع ان المنطوق الصريح للحديث المذكور هو ان التسمية مظلمة بحق التجار والباعة ورغم ذلك فانه لاتناقض بين حكم الرسول (ﷺ) بعدم التسمي وبين حكم قضاة التابعين له لان لكل واحد من الحكيم طرفاً خاصاً ووضعاً مختلفاً.

ثامناً : مبدأ عدم صلاحية القاضي في استحداث الجريمة والعقوبة :

خطورة منصب القضاء لم يعرف منذ صدر الإسلام الى لواخر عهد العباسيين ان يتولى هذا المنصب الا من كان مجتهداً واحلاً للاجتهاد وعلى الرغم من هذه المكانة العلمية لم يمنع له سلطة التجريم ولا استحداث العقوبة بصفته قاضياً وانما كانت هذه السلطة حصراً فيمن له الولاية الفعلية على المسلمين بتعلون مع اهل الشورى ذلك لان الشريعة الإسلامية اول شريعة فلات مبدأ (المشرعية) : (مبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على نص) وقد نص القرآن الكريم على هذا المبدأ في آيات كثيرة منها قوله تعالى : ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾^(١).

فلا عذاب ولا عقاب الا بعد ارسال الرسل وتبليغ الناس بما هو جائز وما هو مخطور. وعدم العذاب او العقاب يستلزم عدم المسؤولية الجزائية. ومنها قوله تعالى : ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾^(٢) يعني لا عقوبة الا بعد ارسال الرسل وانزال الشرع لا يكفي لاقرار المسؤولية الجزائية لمن يرتكب ما حرمه الشرع وهو لم يبلغ بعد ما لم يكن مقصراً في عدم التبليغ وعدم العلم.

ويستثنى من مبدأ المشرعية الايمان بالله فهو واجب على الانسان عقلاً قبل ان يكون واجباً شرعاً فعلى كل انسان بالغ عاقل ان يستدل بالبرهان الآتي لحي بالآخر على وجود المؤثر للإيمان بالله لانه لو كان الايمان بالله متوقفاً على الايمان بالشرع للزمست المصارعة على المطلوب (الاستحالة المنطقية) لان الايمان بالشرع لا يكون الا بعد الايمان بالله فلو توقف الايمان بالله على الشرع للزم توقف الشيء على ما يتوقف عليه وهو يستلزم توقف الشيء على نفسه المستلزم لتقدم الشيء على نفسه والالتزام بالباطل وكذلك الملتزم.

(١) سورة الاحراء/الاية : ١٥.

(٢) سورة القصص/الاية : ٥٩.

تاسعاً: مبدأ البراءة الأصلية:

اجمع علماء المسلمين على أن الأصل في الإنسان براءة ذمته ذلك لأن الإنسان يولد وذمته بريئة من كل التزام مدني أو جنائي وله قبل ولادته أهلية الوجوب الناقصة وهي الصلاحية لأن يكون له بعض الحقوق ويكتسب بعد الولادة أهلية الوجوب الكاملة (له بعض الحقوق وعليه بعض الالتزامات المالية) ومع ذلك فإن الأصل هو براءة ذمته من جميع الالتزامات المدنية والجزائية حتى يثبت خلاف ذلك فعلى القاضي أن يتعامل مع المدعي عليه على أساس هذا المبدأ وأن يعدد برئانه عن كل تهمة وجهت إليه حتى يثبت خلاف ذلك وتثبت إدانته.

ومصدر هذا المبدأ هو القرآن الكريم والسنة النبوية والقواعد الفقهية الكلية والعقل السليم:

١- القرآن الكريم:

نص القرآن الكريم في آيات كثيرة على براءة ذمة الإنسان من الالتزامات الجزائية وعدم مسؤوليته حتى بعد ارتكاب الجريمة ما لم يكن مبلغاً بنصوص التجريم والعقاب لأن القرآن لول شريعة ألوت مبدأ الشرعية: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) ومن الآيات الدالة على هذا المبدأ قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ لَبِثْتَ رَسُولًا﴾ وقوله: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِي أُمَمٍ رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾.

٢- السنة النبوية:

من تتبع المراجع المعتمدة من كتب الأحاديث النبوية وجد كثراً من أقوال وأفعال الرسول تدل صراحة على البراءة الأصلية لذمة الإنسان منه قوله: (إدروا الحدود بالشبهات) ^(١)، وقوله: (لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمت ثلاثه فقط ظهر منها الريبة في منطلقها وحيثها ومن يدخل عليها) ^(٢)، وقوله: (البينة على من إدعى واليمين على من أنكر)، و قوله: (لو يعطي الناس بدعواهم لأدعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه) ^(٣).

(١) رواه: (إلغوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً) رواه ابن ماجه / نيل الأوطار: ١١٧/ ٧

(٢) رواه ابن ماجه سنن الأوطار: ١١٧/٧

(٣) صحيح مسلم: ١٣٣٦ / ٣.

٣- القواعد الفقهية العامة منها:

- أ- الأصل بقاء ما كان على ما كان^(١).
- ب- القديم يترك على قدمه^(٢).
- ج- الأصل في الصفات العارضة العدم^(٣).
- د- ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه^(٤).
- ٤- العقل السليم:

يقضي العقل السليم بأن كل حادث مسبوق بالعدم لأن الحوادث يعني الوجود بعد العدم ومن الواضح ان التهم التي توجه إلى الإنسان وان مطالبتة بالالتزامات المدنية والجزائية وأسبابها ومصادرها كلها أمور مستحدثة وجدت بعد ان لم تكن فعليه تكون ذمة الإنسان بريئة منها حتى يثبت خلاف ذلك ومن يدعي خلاف هذا الأصل فعليه البينة وعلى من ينكرها اليمين لأنه مع الأصل.

ونستنتج مما ذكرنا ان المبدأ الذي يجب على القاضي رعايته هو ان الأصل برأءة التهمة من كل تهمة مدنية أو جزائية تنسب إلى الإنسان.

وأكتفي بهذا القدر من المبادئ العامة الكثيرة التي تستنتج من النصوص الشرعية و من التطبيقات القضائية لفقهاء المسلمين منذ صدر الإسلام والتي هي ضمانات كافية لتحقيق العدالة في القضاء وأخذ كل ذي حق حقه.

^(١) مجلة الأحكام العدلية م/٥

^(٢) مجلة الأحكام العدلية م/٦

^(٣) مجلة الأحكام العدلية م/٩

^(٤) مجلة الأحكام العدلية م/ ١٠

المبحث الثاني

آداب القضاء في رسالة عمر بن الخطاب

هذه الرسالة التي بعثها عمر بن الخطاب (هـ) الى القاضي ابي موسى الاشعري (هـ) وردت بعبارات مختلفة وبتقديم وتأخير بعض الجمل على بعضها في المراجع التي اطلعت عليها^(١) واعتمدت كتاب ابن القيم لتأخره في الزمن واطلاعه على المراجع السابقة وفيما يلي نص الرسالة:

اما بعد فان القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة، فافهم اذا ادلى إليك، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، آس الناس في مجلسك وفي وجهك وقضائك، حتى لا يطمع شريف^(٢) في حيفك^(٣) ولا ييأس ضعيف من عدلك البينة على المدعي واليمين على من انكر. والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا احل حراما او حرم حلالا. ومن ادعى حقا غائبا او بينة فاضرب له امدا ينتهي اليه فان بينه اعطيته حقه وان اعجزه ذلك استعملت عليه القضية فان ذلك هو ابلغ في العذر للعصاة^(٤) ولا يمنعك قضاء قضيته فيه اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك ان تراجع فيه الحق فان الحق قديم لا يبطله شيء ومراجعة الحق خير من التماهي في الباطل والمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجريا عليه شهادة زور او مجلودا في حد او ظنينا في ولاء او قرابة فان الله تعالى تولى من العباد السرائر وستر عليهم الحدود إلا بالبينات أو الايمان ثم الفهم الفهم فيما ادلى إليك بما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة،

(١) منها بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني (العلامة للفتية علاء الدين ابي بكر مسعود الكاساني الحنفي ت ٥٨٧ هـ) مطبعة الامام القاهرة ١٩٦٣/٩ ومنها اعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية (شمس الدين ابي عبدالله محمد بن ابي بكر ت ٧٥١ هـ) مكتبة المكتبات الأزهرية ١/ ٨٥ - ٨٦

(٢) كان هذا المصطلح يطلق سابقا على القوي سواء كان شريفا او لا

(٣) اي في ظلمك وجورك

(٤) في بعض المراجع للعمي

ثم قايـس الأمر عند ذلك واعرف الأمثال ثم اعمد^(١) فيما ترى الى احبها الى الله واشبهها بالحق.

ورايه^(٢) والفضـب والقلق والضجر والتأذي بالناس والتنكر عند المحسومة (أو المحسوم) فان القضاء في مواطن الحق ليسا يوجب الله به الأجر ويحسن به الذكر فمن خلصت نيته في الحق ولو على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس ومن تزين بما ليس في نفسه شانه الله فان الله تعالى لا يقبل من العباد إلا ما كان خالصا فما ظنك بثواب عند الله في عاجل رزقه وخزائنه رحمته والسلام عليك ورحمة الله)

اهم الآداب التي تستنتج من هذه الرسالة ما يلي: -

بعد ان بين سيدنا عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) أهمية القضاء و عدها ضرورية من ضروريات الحياة وضرورة من الفرائض التي لا تقبل النسخ والالغاء في كل زمان ومكان، و سنة من سنن الحياة اكدها الرسول (ﷺ) في اقواله وافعاله وقضائه اشار الى بعض الآداب على القاضي ان يلتزم بها في قضائه حتى يأتيه الحكم عادلا.

من اهم تلك الآداب: -

١- على القاضي ان يفهم ويستوعب مضامين جميع المعلومات التي تقدم له فيما يتعلق بموضوع الدعوى التي ينظر فيها من مسموع او مقروء او موثق حتى يستمد منها قدرة التمييز بين الحق والباطل.

٢- يجب ان يتسم حكم القاضي بالقوة الملزمة تلزم اطراف المحسومة بما يحكم به وبالمخضوع له وان يحرض القاضي على تنفيذه لأنه لاينفع تكلم بحكم لانفاذ له وبهذه الميزة يتميز الحكم القضائي من اجتهاد المجتهد وافتاء المفتي ومن هذا المنطلق قال علماء اصول الفقه: - ان حكم القاضي يرفع الخلاف في المسائل الخلافية ويجب ان يعمل بالبرهان الذي يتم حكم القاضي في ضوئه.

٣- يجب على القاضي أن يؤمن بالمساواة بين جميع أطراف النزاع والمحسومة وأن لاينحاز ظاهرا وباطنا الى طرف دون الآخر في حكمه وتعامله معهم من رفع الدعوى الى النطق بالحكم لان الانحياز الى أحد الاطراف وحده خيانة في أمانة أمر الله بأدائها أمر

(١) أي رجع

(٢) أي لعنه

وجوب وحتم وإلزام فقال سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾.^(١)

٤- على القاضي أن يطلب من المدعي إثبات للمدعى به ببينة مقبولة شرعا وقانونا لانه يدعي خلاف الأصل فالأصل براءة الذمة من كل إلزام جزائي أو مدني لانه يولد رذمته برئته من تلك الالتزامات فعلى القاضي أن يعتبه أنه لا يزال بريئا حتى يثبت خلاف ذلك ومن هذا المنطلق جاءت قاعدة (المتهم بريء حتى تثبت إدانته) وقاعدة (يفسر الشك لمصلحة المدين).

وبالنسبة للمدعى عليه يكتفى بيمينه اذا عجز المدعى من إثبات دعواه بالبينة لانه مع الأصل (برائة الذمة) وتشتمل البينة الشهادة وكل طريقة أخرى من شأنها ان تثبت الحق المدعى به وبوجه خاص الطرق العلمية الحديثة التي تكتشف بها الجريمة عن طريق آثارها كما بينا في البرهان الاتي.

ونصاب شهادة الزنا أربع شهادات من رجال ثقة والعدل والسر في ذلك ستر أعراض الناس وحفظ سمعتهم قدر الامكان في الجرائم الاخلاقية. أما الجرائم الاخرى كالسرقة والقتل وغورهما فيكتفى فيها بشهادة رجلين أو رجل وإمرأتين. وهذا التعادل ليس لنقص النساء وإنما لأنهن يتعرضن أكثر من الرجال للنسيان لكثرة إنشغالهن داخل البيت بالالتزامات البيتية والتربوية وفي خارج البيت بالالتزامات الاجتماعية قال تعالى: ﴿فَإِنْ لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾.^(٢)

وجدير بالذكر ان هناك أموراً تثبت بشهادة امرأة واحدة بينما لا تثبت بشهادة رجل واحد كما في القضايا النسائية.

ويكتفى بشهادة شاهد واحد وحين المدعي في القضايا المالية.

٥- على القاضي أن يعرض على الخصمين الصلح^(٣) وهو التراضي على قدر متفق عليه بعد تنازل كل من الطرفين من بعض ما يدعيه على الآخر قال تعالى: ﴿وَالصَّلَاحُ خَيْرٌ﴾ لكن

^(١) سورة النساء/٥٨

^(٢) سورة البقرة/٢٨٢

^(٣) في صحيح مسلم ١٣٤٥/٢: تحت عنوان باب استحباب اصلاح الحاكم بين الخصمين اشترى رجل من رجل عقارا له فوجد الرجل الذي اشترى العقار في عقاره جرة فيها ذهب فقال له الذي

يجب أن يكون محل الصلح حقا خاصا أو حقا مشتركا يكون الحق الخاص فيه هو الغالب كحق القصاص.

أما إذا كان محل الصلح حقا عاما أو حقا مشتركا بين الخاص والعام وكان العام هو الغالب كالعقوبات فلا يجوز الصلح كما لا يجوز إذا أحل حراما أو حرم حلالا.

٦- سلطة القاضي في تأجيل الحكم: - من أدهى حقا غائبا أو يئنة غير متوفرة حين النظر في الدعوى وطلب من القاضي تأجيل النظر في الدعوى الى حين إحضار متطلبات الحكم فعليه استجابة هذا الطلب لانه لو عجل عليه بالحكم بطل حقه وهذا يتنافى مع العدالة.

وتقدير مدة التأجيل يخضع لسلطة القاضي التقديرية ولطبيعة الموضوع.

٧- على القاضي ان يتراجع عن إجتهاده السابق اذا تبين له ان العدالة في اجتهاد جديد وحكم جديد وهذا ما طبقه سيدنا عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) على نفسه في مسألة ميراثية حين توفيت امرأة وأفصرت وورثتها في زوج وأم وإخوة من الأم وإخوة وأخوات من الأبوين.

فأعطى الزوج نصف التركة لعدم وجود فرع وارث، والأم سدسها لتعدد الاخوة والاخوات، والاخوة من الأم ثلثها لانهم أكثر من واحد فقال تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً^(١) أَوْ امْرَأَةً وَلَهُ إِخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلٍّ وَاحِدٌ مِّنْهُمَا السُّدُسُ إِنْ كَانَ مِنْ ذَلِكَ فَمِنْ شَرِكَاءِ فِي الثُّلُثِ^(٢)﴾. فاستقرت الورثة من أصحاب الفروض كل التركة وحجب الاخوة والاخوات من الأبوين منها لانهم عصب^(٣) والعصبة سواء كان لذاته أو لغيره يأخذ مايبقى بعد إخراج

اشترى العقار خذ نعيمك مني انما اشتريت منك الأرض ولم ابتع منك الذهب فقال الذي شري (أي باع) الأرض انما بعتك الأرض وما فيها قال فتعالمكما الى رجل فقال الذي تعالمكما اليه ألكما ولد فقال احدهما لي غلام وقال الاخر لي جارية قال احكموا للغلام الجارية وانفقوا على أنفسكما منه وتصدقا.

^(١) أي من يرث لا من جهة الأبوة ولا من جهة البنوة.

^(٢) أي من الأم لان الاخوة والاخوات من الأبوين أو من الأب سبق بيان إرثهم في آية سابقة.

^(٣) سورة النساء/ ١٢

^(٤) العصبة هو كل ذكر ينتمي الى اللوارث مباشرة كالابن أو عن طريق نكر آخر كابن الابن وهذا المنوع يسمى العصبة، أما العصبة لغيره كالبنات اذا اجتمعت مع الابن وكالاخ الشقيق أو من الاب اذا اجتمع مع الاخت الشقيقة والاخ من الاب.

انصبا. أصحاب الفروض. وقد تكررت هذه المسألة في السنة التالية من خلافة سيدنا عمر فأراد أن يحكم بحكمه السابق فقال له أحد العصبة هب^(١) أن أبانا كان حجراً ألسنا شركاء في الأم مع الاخوة من الأم^(٢) وقال الآخر أنا لرمي هذا الاب في البحر اذا كان سببا لحرمانني من للموات^(٣) فوجد عمر بن الخطاب ان العدالة في تشريكهم مع الاخوة والاخوات من الام في حصتهم والثالث فحكم بالتشريك لذا عرفت هذه المسألة (بالمشركة).

٨- أهلية الشهادة: - على القاضي ان يرفض قبول شهادة كل من لا يكون أهلاً لها كأن يكون معروفاً بشاهد الزور لو كان معاقباً على جريمة ارتكبها سابقاً أو كان ظنيماً أي متهماً بالانحياز كأن يكون ولداً أو والداً أو أخاً أو أحد الزوجين للمشهود له ونحو ذلك ممن يتهم بالانحياز في شهادته.

وجدير بالذكر أن مثل هذه الشهادة التي هي محل تهمة الانحياز كان مقبولا عند السلف الصالح فلما تغيرت النفوس وتغلبت النزعة للمادية على النزعة الروحية أفتى الفقهاء بأن على القاضي أن يرفض كل شهادة فيها شائبة تهمة الانحياز^(٤).

٩- على القاضي أن يلجأ الى الاجتهاد في حالة عدم وجود النص أو كونه النص غير عادل بالنسبة للموضوع في القضايا المدنية أما في الجزائية فعليه التقيد بمبدأ الشرعية (للاجرمية ولا عقوبة إلا بنص).

١٠- على القاضي أن يستخدم القياس في غير القضايا الجزائية في حالات غياب النص أو عدم عدالته.

وقد اختلف علماء المسلمين من الاصوليين والفقهاء في حجة القياس بين قائلين ورائض وهناك مساحات واسعة في كتب أصول الفقه خصصت لاستعراض هذا الخلاف ومنها كتاب إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية^(٥)، الذي خصص لعرض الخلاف في حجية القياس (ص ١٣٠- ٣٣٧) أي (٢٠٧) صحيفة ومع تقديري لمكانة ابن القيم فان هذا الصنيع من باب ضياع العمر وضياع الوقت فالبحث عن القياس لا يحتاج الى اكثر من صحيفة واحدة لان الخلاف في

(١) أي المترض

(٢) لذا سميت هذه المسألة (الحجرية).

(٣) لذا سميت المسألة (يمية)، واليم: البحر.

(٤) إعلام الموقعين / المرجع السابق / ١/ ١١٣.

(٥) للجزء الاول.

حجية القياس خلاف لفظي وعقيد ولا ترتب عليه أي ثمرة نافعة فمن أنكر حجيته أراد به القياس المنشيء. للأحكام وأما الذي دافع عن حجيته فيجب عليه أن يقصد به القياس الكاشف للأحكام لأنه وسيلة مهمة لهذا الاكتشاف عن طريق إرجاع الجزئيات إلى كلياتها للمعقولة المعاني^(١). كإرجاع كل عملة ورقية أو معدنية متداولة في العالم إلى الذهب والفضة في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يَنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾^(٢). فيجب الحكم بوجوب كل ما يجب في الذهب والفضة كالزكاة في العملة المتداولة في كل زمان ومكان. ويتحريم ما هو محرم فيهما في غيرهما كالربا وإنكار حجية القياس كوسيلة لاكتشاف الأحكام من قبيل الجدل وإنكار البديهيات^(٣).

١١- على القاضي أن لا يكون أثناء المحاكمة والمرافعة ضجراً (منزعجاً) وتلقاً حتى لا يكون ذلك على حساب عدالة الحكم لأن القاضي في مثل هذه الحالات لا يأخذ العذر ولا يتعمق في تفكيكه واستنتاجه مما قدم له من المعلومات.

على القاضي أن لا يكون أثناء المحاكمة غضبان ومتوتر الأعصاب لقول الرسول (ﷺ): ((لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان))^(١) ولأن الغضب يفتت عليه فرصة التفكير في كسب المجهول المطلوب (الحكم العادل) من المعلومات المتوفرة لديه مما يتعلق بموضوع الدعوى التي ينظر فيها.

(١) أي للكليات التي تعرف على أحكامها.

(٢) سورة التوبة / الآية ٣٤.

(٣) والدليل على أن القياس دليل كاشف هو أن حكم المقيس نفس حكم المقيس عليه المدلول عليه بالنص.

(٤) صحيح مسلم/٣/١٣٤٢/رقم الحديث ١٧١٧.



الفصل العاشر

ضمانات المتهم والحصانة

توزع دراسة هذا الموضوع على مبحثين
يخص الأول ضمانات المتهم والثاني
للحصانة.



المبحث الأول

ضمانات المتهم

أحاطت الشريعة الإسلامية المتهم بضمانات لو روعيت لما أصيب احد في عالم القضاء بما يتنافى مع العدالة، ومن تلك الضمانات^(١):

أولاً: مبدأ الشرعية: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) أي لا تجوز العقوبة إلا على الفعل الذي يعتبره القانون جريمة وقت إقراره ولا يجوز تطبيق عقوبة أشد من العقوبة النافذة وقت ارتكاب الفعل الجرمي، فيجب ان يعلم كل فرد مقدما ما هو مخطور عليه من الأعمال والتصرفات حتى يكون على بينة من ان ما عداه مباح له على اساس القاعدة: (الأصل في الأشياء النافعة الأباحة)، فالقاضي لا يملك سلطة إستحداث الجريمة ولا إستحداث العقوبة.

وجدير بالذكر أنه لم يعرف القانون هذا المبدأ إلا بعد الثورة الفرنسية والاعلان الفرنسي لحقوق الانسان الصادر في العام ١٧٨٩، حيث نصت المادة السابعة منه على مبدأ أساسي وهو انه لا يجوز إتهام الفرد أو توقيفه أو سجنه إلا في الحالات التي يطررها القانون وفقاً للأصول التي يحددها^(٢).

ثم أقره اعلان حقوق الانسان لسنة ١٩٤٨ في المادة (١١) منه والأتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية للانسان لسنة ١٩٦٦ في المادة (١٥) منها كما نصت عليه الدساتير الوضعية منها الدستور العراقي المؤقت م/٢٠ و م/٢١^(٣).

^(١) ألقينا هذه المحاضرة في المعهد القضائي بناء على طلب قاض امريكي كلف بدراسة مشاكل القضاء في العراق وبحضور طلاب السنة الأولى والثانية للمعهد القضائي وجماعة من للقضاة والأساتذة يوم ٢٠٠٣/٧/٨.

^(٢) الهريات العامة وحقوق الانسان للدكتور محمد سعيد مجذوب: ص ٥١

^(٣) وقد نصت المادة (٢٠) من دستور ٢٩/نيسان/١٩٦٤ على انه: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذي ينص عليها) وقد نص الدستور المذكور في المادة (٢١) على ان: (العقوبة شخصية).

وقد سبقت الشريعة الإسلامية على هذه القوانين والاعلامات والساتر بمنات السنين في إقرار هذا المبدأ في قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾^(١).
 فالتأية: مبدأ شخصية الجريمة: أي لا يسأل جزائياً ولا يعاقب كل انسان إلا على فعله الشخصي فلا يبرز مسألة شخص على فعل ارتكبه غيره من أسرته او غيرها، ولاهمية هذا المبدأ نص عليه القرآن في خمس سور فقال في سورة الأنعام^(٢): ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ أي كل من عمل عملاً جرمياً هو وحده يتحمل تبعاته ونتائجه ولا تتحمل أية نفس مسؤولية جريمة نفس أخرى أيضاً كانت الصلة بينهما.

وقال في سورة الأسراء^(٣): ﴿مَنْ أَحْتَضَرْنَا يَهْتَدِ لِنَفْسِهِ وَمَنْ ضَلَّ فَإِنَّا يَعْصِلُ عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ أي من أحرف الى السلوك الاجرامي هو نفسه يتحمل نتائجه وقال في سورة فاطر^(٤): ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ وقال في سورة الزمر^(٥): ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ وقال في سورة النجم^(٦): ﴿إِلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾.

فالتأية: مبدأ عدم رجعية القتلون: فكل من ارتكب فعلاً قبل ان يرميه القانون ويمتعه عطفوا لا يسأل عنه لا جزائياً ولا مدنياً، ولاهمية هذا المبدأ نص عليه القرآن في اربع آيات، فقال في سورة النساء^(٧): ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ فكانت العادة السائدة في المجتمعات العربية ان للأبن ان يتزوج زوجة ابيه (غير الام) بعد وفاته باعتبار انها كجزء من التركة، فحرمه القرآن واعتبره جريمة لكن قال لا يسأل جزائياً من ارتكبها قبل التحريم، وقال أيضا في سورة النساء^(٨): ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ فحرم القرآن الجمع بين الأختين في الزواج، وقال

(١) سورة الإسراء- الآية ١٥.

(٢) الآية: ١٦٤

(٣) الآية ١٥

(٤) الآية ١٨

(٥) الآية ٧

(٦) الآية ٢٨

(٧) الآية ٢٢

(٨) الآية ٢٣

في سورة المائدة^(١): ﴿عَفَا اللَّهُ عَنْكَ مَلْفٌ وَمَنْ عَادَ فَسَتَقْمُ اللَّهُ مِنْهُ﴾، وقال في سورة الأنفال^(٢): ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَشْتَهُوا يُفْقَرُ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾.

وابهاً: مبدأ الأصل برأة اللمة: فكل انسان حين يولد تكون ذمته بريئة من كل التزام جنائي ومدني وإذا نسبت إليه في حالة بلوغه سن الرشد تهمة جنائية او مدنية فعلى القاضي ان يعتبره انه لا يزال هو ذلك العبي. حتى تثبت ادانته، وهذه القاعدة الأصولية اقربها علماء اصول الفقه منذ صدر الإسلام واخذ منها القانون قاعدة: (المتهم بريء حتى تثبت إدانته)^(٣).

وقد اخذ علماء الإسلام هذه القاعدة من نصوص القرآن، منها قوله تعالى في سورة الحجرات^(٤): ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ﴾، وقال في سورة النجم^(٥): ﴿وَالَّذِينَ الظَّنُّ لَا يَغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾.

خاصاً: مبدأ إعتبار الجهل بالقانون عذراً مائعاً من للمسؤولية الجزائية: وهذا ما نص عليه القرآن الكريم في قوله تعالى في سورة القصص^(٦): ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمَمٍ رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾ وهذه الآية تدل على ان الانسان ليس مسؤولاً عن اي عمل جرمي يرتكبه اذا لم يبلغ بتجرمه من قبل رسول بدليل قوله تعالى: ﴿يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾ بينما القانون لا يعتبر هذا الجهل عذراً بعد نشره في الوسائل الاعلامية الرسمية إلا ما يستثنى بالقانون.

سادساً: مبدأ عدم الأخذ بإخبار المخبر إلا بعد التأكد من صحته: ولا يجوز إقضاء لي إجراء قضائي ضد المتهم بناءً على إخبار المخبر الا بعد ان يتأكد قاضي التحقيق من صحة الخبر وذلك إستبعاداً من ايذاء بريء والندم الذي لا يمكن تداركه بعد فوات الاوان، قال القرآن في سورة الحجرات^(٧): ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾.

(١) الآية ٩٥

(٢) الآية ٢٨

(٣) ونصت المادة (٢٣) من الدستور المذكور على ان (المتهم بريء حتى تثبت إدانته).

(٤) الآية ١٢

(٥) الآية ٢٨

(٦) الآية ٥٩

(٧) الآية ٦

سابعاً: مبدأ معاقبة من يقذف فيه بتهمة أخلاقية (جرمة الزنا) إذا لم يثبت هذه التهمة أمام القضاء بأربعة شهداء: قال القرآن في سورة النور^(١): ﴿وَالَّذِينَ يَرْمِزُونَ الْمُطَّهَّرَاتِ^(٢) ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾. فهذه الآية اقرت ثلاث عقوبات لكل من يتهم الغير بتهمة أخلاقية ولايستطيع الباتها عليه بشهود أربعة، العقوبة الاولى بدنية وهي ثمانون جلدة والثانية والثالثة نفسيتان وهما اسقاط شخصية هذا الشخص بعدم قبول شهادته أمام القضاء والثانية وصفه برخصة عار الفسق.

فاثناً: تشديد اثبات جرمة الزنا: فهي لاثبتت الا بأربعة شهود من الرجال العادلين بحيث لا يحدث أي خلاف بين افاداتهم وقد نص القرآن على ذلك في سورة النور^(٣): ﴿لَوْ أَنَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ﴾ ولذلك لم تثبت هذه الجريمة في تاريخ الاسلام الا بالقرار المجاني في عهد الرسالة حيث طبقت عقوبة هذه الجريمة على عدد قليل من الر بهرته أمام الرسول أربع مرات.

ثامناً: -أمر الرسول (ﷺ) القاضي بأن يشجع للتهمة بجرمة الزنا - ولم تثبت الا بأقراره- على أن يتراجع عن هذا الاقرار: وقد روى ابر هريرة انه قال: ((أتى رجل من المسلمين رسول الله (ﷺ) وهو في المسجد فناداه فقال: يا رسول الله اني زنييت فاعرض عنه فتعنى لقاء وجهه فقال يا رسول الله اني زنييت فاعرض عنه حتى نسي ذلك أربع مرات فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه رسول الله فقال إياك جنون قال: لا، قال فهل احصنت (تزوجت) ؟ قال: نعم قال اذهبوا به فارجموه))^(٤).

وجدير بالذكر ان عقوبة الرجم لا توجد في القرآن الكريم وانما ثبتت بفعل الرسول، ويرى البعض انها الغيت بأية الجلد وهي قوله تعالى: ﴿الرَّائِيَةُ وَالرَّائِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةً جَلْدَةً﴾^(٥). وفي نظرنا هذا الرأي هو الصائب لأن من ميزات جرائم الحدود عدم تأثرها بالظروف المشددة بالاضافة الى انها من الناحية العملية معدومة.

(١) الآية ٤

(٢) أي الشريطات

(٣) الآية: ١٣

(٤) صحيح مسلم: ١٣١٨/٣.

(٥) سورة النور- الآية: ٢.

عاشراً: أمر الرسول (ﷺ) القاضي باستخدام طريقة الصلح: لحل الخلاف بين المحصنين فيما يجوز فيه الصلح^(١١).

الحادي عشر: حرية مناقشة القاضي من قبل المحصنين في المسائل الجزائية والمدنية: وذلك اذا لم يقتنع المحصن بعدالة الحكم، وهذه الحرية اقراها القرآن حين ناقشت خولة بنت حكيم الرسول (ﷺ) في حكم أصدره حول طهار زوجها منها، حيث قالت: يا رسول الله زوجي اوس اكل مالي وافنى شبابي ونشرت له بطني حتى كبرت سني وانقطع ولدي طاهر مني، فاجابها قائلاً: ما اراك إلا قد حرمت عليه، وعادت خولة تحاور الرسول (ﷺ) وتناقشه بكل حرية وتقول: - إن لي منه صببة إن ضمتهم إليه ضاعوا وإن ضمتهم إلي جاعوا، وعاد الرسول (ﷺ) يقول ما أراك إلا قد حرمت عليه وذلك لأن الطهار قبل أن يأتي حكمه في القرآن كان طلاقاً قبل الاسلام ثم قالت خولة: الى الله اشكو أمري وأمر صبيتي، فلم تقتنع بالحكم ثم نزلت الآية القرآنية لصالح خولة فحددت الحكم بأنه ليس طلاقاً وإنما يترتب عليه عقاب الزوج بعقوبة بدنية أو مالية لتلاعبه بالعلاقة الزوجية، فحدد القرآن الحكم بأحدى العقوبات الثلاث حسب التسلسل: فعلى الزوج أولاً ان يشتري عبداً فيعتقه فان لم يجد فعليه أن يصوم شهرين متتابعين وان لم يستطع فعليه اطعام ستين مسكينا^(١٢).

الثاني عشر: - الشبهة في الجريمة الحدية تؤدي الى اسقاطها أو قولها إلى جريمة أخرى أخف عقوبة: - فجريمة السرقة مثلاً بين الاصول والفروع أو بين الزوجين تتحول الى جريمة تعزيرية اذا قدم المجنى عليه الطلب بعقاب الجاني بعقوبة تعزيرية دون قطع اليد، وهذا ما اجمع عليه فقهاء الشريعة الاسلامية، والفقرة الثالثة من المادة الثالثة من اصول المحاكمات الجزائية اعتبر تأثير الشبهة حصراً في قوريل الجريمة من الاعتداء

(١١) صحيح مسلم ١٣٤٥/٢.

(١٢) سورة لقمان / نص الآية: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ الَّذِينَ يُظَاهَرُونَ مِنْكُم مِّنْ نِّسَائِهِمْ مَا مِنْ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَكِنَّهُنَّ وَأَهُنَّ لِيَقُولُوا مَثَلًا مِّنَ الْقَوْلِ وَتَعْدُوا وَلَئِنَّ اللَّهَ لَغَفُورٌ غَفِيرٌ وَالَّذِينَ يُظَاهَرُونَ مِنْ نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَقُولُونَ إِنَّا لَا أَوْثَرٌ - فَلْيَاخُذْ بَعِزُّكَ عَلَيْهِمْ وَطَاقِمْ بِهِ وَلَئِن لَّمْ يَفْعَلْ فَمِنْ أُولَئِكَ أُولُو نِفْسٍ إِنَّ يَتَمَسَّ فَمَنْ لَّمْ يَسْتَلْمْ فَرِطًا مِّنْ أُولَئِكَ مَتَّاعِينَ﴾ الآية ٤-١.

على حق عام الى الاعتداء على حق خاص فلم يميز تحريك الدعوى الجزائية الا ببناءً على شكوى من المجنى عليه او من يقوم مقامه قانوناً.

الثالث عشر: الأهلية الجزائية للمتهم: ففي الشريعة الاسلامية لايسال جزائياً للمتهم سالم تتوفر فيه شروط خمسة وهي:

- ١- ان يكون بالغاً من الرشد حين ارتكاب الجريمة واذا كان عديم التمييز فلايسال واذا كان مميزاً لايتخذ ضده سوى الوسائل اصلاحية.
- ٢- ان يكون عاقلاً فكل خلل عقلي في المتهم يعد مانعاً من مسؤوليته الجزائية.
- ٣- ان يكون مختاراً أي يتمتع بحرية الارادة، فاذا كان مكروباً او مضطراً فلايسال جزائياً.
- ٤- ان يكون قادراً على ماهر مطلوب منه فعلة او تركه.
- ٥- ان يكون عالمًا بما يكلف به من فعل او امتناع.

فهذه الشروط الخمسة تندرج تحت قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(١).

الرابع عشر: أهلية القاضي: ففي الشريعة الاسلامية لايعين قاضياً الا من كان عادلاً نزيهاً اهلاً للاجتهاد فكلما تتوفر الصفات الحميدة في القاضي يتحقق ضمان عدالة حكمه.

الخامس عشر: تركية الشهود: فلا يجوز للقاضي ان يحكم بناءً على ادادات الشهود سالم تتم تركية هؤلاء الشهود من قبل اهل الثقة.

السادس عشر: يجب ان يكون القاضي في اثناء المحاكمة متمتعاً بمالة هادئة ونفسية مستقرة بعيداً عن كل توتر عصبي: يروي عبد الرحمن بن أبي بكر انه سمع رسول الله يقول: ((لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان))^(٢).

السابع عشر: إذا ثبت إدانة المتهم بارتكاب جريمة القتل الخطأ يكون الجزاء دية على عاقلة الجاني: وهو لايتحمل أي جزء من مسؤولية هذا الجزاء.. وعاقلة الشخص عشيرته ان وجدت والاتكون على المؤسسة التي ينتمي اليها الجاني كالنقلية.

الثامن عشر: للقاضي ان يحكم بهامة للمتهم ويحمل متبوعه من الولي أو الوصي أو ههما مسؤولية العمل الجرمي: وقد قضى بذلك عمر بن الخطاب حين ارتكب عبيد لحاطب المزني جريمة السرقة^(٣) فقد حكم أولاً على العبيد بقطع اليد، ثم قبل التنفيذ قال

(١) سورة البقرة - الآية: ٢٨٦.

(٢) صحيح مسلم: ١٣٤٣/٣.

(٣) حيث سرقوا جملاً فنحروه وأكلوا لحمه.

حاطب: أراك لعلك تبيعهم والله لا غرمك غرامة ترجعك. فسأل صاحب الجمل عن قيمته فقال كنت أصنعه من ٤٠٠ درهم، أي لا أبيع به هذا المبلغ، فعكم على حاطب بشاةائة درهم.

التاسع عشر: لا يؤخذ بافادة المتهم إذا أخذت منه تحت ضغط التهديد والتعذيب: وذلك لان الكفر بعد الايمان لا يحاسب عليه الانسان اذا تم ذلك تحت ضغط الاكراء والتعذيب والتهديد، والكفر من اكبر الكبائر، وقد نص القرآن على ذلك في قوله تعالى: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللّٰهِ مِنْ بَعْدِ اِيْمَانِهٖ اِلَّا مَنْ اُكْرِهَ وَقَلْبُهٗ مُطْمَئِنٌّ بِالْاِيْمَانِ﴾^(١). فإذا كان الكفر تحت ضغط التهديد والتعذيب لا يعتد به ولا يترتب عليه أي اثر فان هدم الاحتداد بافادة المتهم المأخوذة منه بالتهديد أو التعذيب يكون من باب أولى.

العشرون: حرمة للمسكن: وعدم جواز دخول أي بيت والقيام بالتفتيش فيه إلا بعد إذن مسبق من صاحب البيت ومن السلطة للمسؤولة: وقد نص القرآن على حرمة للمسكن وعدم جواز هتك هذه الحرمة في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ (٢٧) فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ وَإِنْ قِيلَ لَكُمْ ارْجِعُوا فَارْجِعُوا هُوَ أَزْكَى لَكُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ^(٢).

ونصت المادة (٨) من القانون الأساس العراقي^(٣) على ان: (المساكن مصونة من التعرض) والمادة (٢٧) من الدستور المؤقت لسنة ١٩٦٤ على ان: (للمنازل حرمة لا يبرز دخولها). وهناك عشرات أخرى من المبادئ، والقواعد العامة اقرتها الشريعة الاسلامية لصالح المتهم قبل اكثر من اربعة عشر قرناً ولم يعرف القانون اكثرها إلا قبل قرن أو قرنين ومنها ما لا يعرفها القانون لحد الآن.

(١) سورة النحل- الآية: ١٠٦

(٢) سورة النور - الأيتان: ٢٧-٢٨.

(٣) دستور ١٩٢٥

المبحث الثاني

الحصانة

تعريف الحصانة:

(إعفاء فئة من الأفراد من التزامات واجبات معينة)^(١)
الأسلام لم ولن يقر الحصانة لأي شخص لا لذاته ولا لنسبه ولا لمركزه الاجتماعي أو السياسي أو الأدلري أو نحو ذلك.
ومصدر هذا الحكم القرآن والسنة النبوية وإجماع فقهاء الصحابة وفقهاء التابعين كما في الأيضاحات الآتية: -

ولاً: القرآن الكريم: -

قال سبحانه وتعالى: - ﴿لَمَنْ يَعْْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ، وَمَنْ يَعْْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾^(٢) (ولفظ (مَنْ) في هذه الآية إسم شرط ومن صيغ العموم لذاتها بإجماع علماء أصول الفقه وعلماء البلاغة فيشمل المسلم وغيره، والذكر والأنثى، وكل شخص بغض النظر عن مركزه ومنصبه.

ويعتقضى عموم هذه الآية لا حصانة لرئيس الدولة والوزراء وأعضاء مجلس التشريعي (البرلمان) وأعضاء هيئة السلك الدبلوماسي شأنه شأن أي إنسان عادي فإذا ارتكب جريمة و

^(١) كالحصانة البرلمانية وهي منع محاكمة عضو المجلس النيابي أو إحتفاظ التعقيبات الجزائية ضده وفق أحكام القانون. وكالحصانة الدبلوماسية وهي مبدأ يقضي بعدم خضوع الدبلوماسي للقضاء المحلي للدولة التي يمثل دولته لديها وتمتع دارة و دار البعثة الدبلوماسية بالحماية والحرمة، بحيث لا يجوز لموظفي الحكومة الدخول إليها إلا بموافقة منه أو من رئيس الجمهورية (د. عبد الواحد كرم - معجم مصطلحات الشريعة والقانون - عمان / ط٢ / ١٩٩٨

ص ١٦١-١٦٢)

^(٢) سورة الزلزلة / ٨٥٧.

ثبتت أمام القضاء يسأل جزائياً و يحاسب و يعاقب فلا يحول مركزه السياسي أو الإداري دون ذلك خلافاً لما عليه القوانين الوضعية في دول العالم.

قائماً: السنة النبوية:

خطب الرسول (ﷺ) قبل وفاته أمام أصحابه وأعلن على المنبر هذا المبدأ الصامي بقوله: ((يا أيها الناس من أخذت له من ماله شيئاً فهذا مالي فليأخذ منه ما شاء ومن ضرت له على ظهره فهذا ظهري فليقتصر مني، ومن شئت له عرضه فهذا عرضي فليشتمه))^(١).
عن عائشة (رضي الله عنها) أن قريشاً أتهمتهم إلا امرأة المخزومية التي سرقت قالوا لها: من يكلم رسول الله ومن يحترق عليه إلا أسامه حب رسول الله فكلمه أسامه رسول الله فقال: ((أتشفع في حد من حدود الله!!)) ثم قام فخطب فقال: ((يا أيها الناس إنما ضل^(٢) من كان قبلكم، أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف^(٣) تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، وأيم الله^(٤) لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت محمد يدها))^(٥).

قائماً: - إجماع فقهاء الصحابة والتابعين وتابعي التابعين:

أ- ومن القواعد الشرعية العامة في الإسلام (لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق).
ب- عندما تولى أبو بكر (رضي الله عنه) الخلافة خطب أمام الملأ فقال لهم أطيعوني ما أطيعت الله فإن عصيت فلا طاعة لي عليكم.

ج- لما تولى عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) الخلافة فقال لهم: (أطيعوني ما أطيعت الله فإن عصيت فلا طاعة لي عليكم)، فقام واحد من عامة الناس فقال له: والله إن رأينا فيك إعوجاجاً قومناه بسيوفنا. فقال عمر: الحمد لله الذي جعل من أمة محمد من يعدل إعوجاج عمر بسيفه. عندما كان عمر (رضي الله عنه) خليفة المسلمين جاءه أبيه بن كعب فطلب منه أن يقايضه مطالباً حقا عليه فاتفقا على أن يكون زيد بن ثابت وهو من كبار فقهاء الصحابة قاضياً في حسم خلافهما فانطلقا إلى داره فعندما دخل إليه التى

(١) ينظر مؤلفنا: - فلسفة الشريعة - دار الرسالة للطباعة - بغداد ١٩٧٩ ص ١٢٤ وما يليها.

(٢) وفي رواية إنما أهلك.

(٣) أي اللقي.

(٤) هذا صيغة لليمين.

(٥) الحديث متفق عليه وفي رواية مسلم (لقطعت يدها): صحيح مسلم ٣ / ١٣١٥ رقم الحديث

زيد وسادة لعمر ليجلس عليها فقال له عمر: (هذا أول جورك انى جنت خاصاً) فقعده بين يديه فطلب من المدعي شاهدين عادلين لأثبت مدعاه قال: ليست لي بينة على أمير المؤمنين اليميني، فقال له زيد: اهف أمير المؤمنين، فقال له عمر: (أهكذا تتضي بين الناس كلهم؟) قال: لا، قال فالقضى بيننا كما تتضي بين الناس، قال: احلف بأنه ليس لأبي في أرضي هذه حق فحلف^(١١).

د- خاتم أحد اليهود خليفة الاسلام علي بن أبي طالب عند القاضي شريح فعضر الخليفة المحاكمة وحكم القاضي ضده إذ كان الحق مع اليهودي^(١٢).

هـ - حضر الخليفة عبد الملك بن مروان في العهد الأموي أمام القاضي جبيل بن نعيم يخاضع ابن عم له فجلس على مفروش القاضي فقال له القاضي قم مع ابن عمك فغضب عبد الملك وقام من مجلس القضاء^(١٣).

و- ادعى جماعة على الخليفة المنصور في العهد العباسي حقاً أمام القاضي محمد بن عمير الطلحي فطلب حضوره أمام القضاء فشكره الخليفة وقال له جزاك الله عن دينك وعن نبيلك وعن خليفتك أحسن الجزاء^(١٤).

ز- رفع رجل الدعوى على الخليفة المأمون مطالباً حقاً عليه أمام القاضي يحيى بن اكثم فتودي على الخليفة ليجلس مع خصمه فاقبل ومعه مرافق يحمل مصلى فامر به القاضي بالجلوس فطرح المرافق المصلى ليجلس عليه فقال له القاضي يا أمير المؤمنين لا تأخذ على خصمك شرف المجلس دونه فطرح للخصم مصلى آخر فجلس عليه^(١٥).

والسر في هذه المساواة والديمقراطية في الاسلام هو ان الشريعة الاسلامية بنت العلاقات بين الشعوب والامم والافراد على الاسس السبعة الآتية: -

الاساس الأول: وحدة النسب بين بني البشر فقد نص القرآن الكريم في آيات كثيرة على ان جميع افراد الأسرة البشرية إخوة واخوات من أب واحد وأم واحدة، وشيمة الأخوة هي المساواة في التعامل والتعاون والتكاتف والتكامل للعيش الكريم على بساط كوكب

(١١) الديمقراطية الاسلامية للدكتور عثمان خليل / ص ٤٠

(١٢) للولاة والقضاة للكندي ص ٣٥٧ نقلاً عن فاروق الكيلاني - استقلال القضاء ص ١٣٠

(١٣) للدكتور سلام مذكور - المدخل للفقه الاسلامي ص ٣٥٩

(١٤) للدكتور سلام مذكور - المرجع السابق ص ٣٤٣

(١٥) للمحاسن والمساويء للبيهقي ص ٣٩٢ نقلاً عن استقلال القضاء المرجع السابق ص ١٣١

الارض لاستثمار خيرات هذا الكوكب مع عدم التمييز بالافضلية بالمنصب والوظيفة او المركز السياسي او الاجتماعي او الاداري وإنما الافضلية لمن يكون اقرب الى الله ونافع للناس فقال سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾^(١).

الأساس الثاني: وحدة المعدن نص القرآن الكريم في آيات متعددة على ان المعدن الذي خلق ويخلق منه الانسان هو التراب والتراب متواضع يمشي عليه كل كائن حي متحرك بالارادة فعلى من يخلق من التراب ان يكون متواضعاً مثله.

ومن البدهي ان كل فرد من افراد الانسان يتكون من عنصرين عنصر جيم من الرجل وعنصر بيضة الانثى وهذان العنصران يتكونان من المواد الغذائية التي تتكون من التراب فإذا ان كل إنسان مخلوق من معدن التراب كما قال سبحانه وتعالى ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ إِذَا أَنْتُمْ بَشَرٌ تَنْتَشِرُونَ﴾^(٢).

وقد أكد الرسول (ﷺ) هذين الاساسين في حجة الوداع فقال: ((كلكم من آدم وآدم من تراب لا فضل لعربي على أعجمي ولا لأبيض على أسود إلا بالتقوى)).

الأساس الثالث: وحدة الصانع فكل إنسان صانعه وخالقه واحد وهو الله عز وجل، فالانسان ليس كسلعة سوقية بعضها من صنع اليابان مثلاً فتفضل على السلعة المصنوعة من الصين مثلاً، فإدام الصانع واحداً يكون المصنوع على درجة واحدة من الجودة والرداءة، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اعْبُدُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ وَالَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾^(٣).

الأساس الرابع: وحدة المصالح المشتركة فالرسالات الالهية كلها أتت لتحقيق مصالح الانسان وفي مقدمتها الرسالة الحميدة قال سبحانه وتعالى مخاطباً رسوله محمداً (ﷺ): - ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ والرحمة هي المصلحة الإيجابية (المنفعة للمستجلبة) والسلبية (المفسدة المستدرة) سواء كانتا ماديتين او معنويتين، دنيويتين لو أخرويتين، وجميع ما في الارض من الكائنات الهية والجملادات خلق لأجل مصلحة

(١) سورة المجرات ١٣/

(٢) سورة الروم - ٢٠

(٣) سورة البقرة - ٢٥

الإنسان وجميع خيرات الأرض مشتركة بين افراد الإنسان كما قال سبحانه وتعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾^(١).

فلكل إنسان ان يأخذ نصيبه من خيرات الارض والسماء حسب حاجته على ان لا يتجاوز على نصيب غيره، قال تعالى: ﴿وَلَا تَنْسَ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا﴾.

الأساس الخامس: وحدة المصير فصير الكل مفارقة الحياة وملاقاة الموت بدون تمييز بين القوي والضعيف فقال سبحانه وتعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ وَإِنَّا تَوَفَّوْنَ أَجُودَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ﴾^(٢) وقال تعالى: ﴿إِنَّمَا تَكُونُوا يُدْرِكُكُمُ الْمَوْتُ وَلَوْ كُنْتُمْ فِي بُرُوجٍ مُّشِيدَةٍ﴾^(٣).

الأساس السادس: وحدة تحمل الأمانة: - الإنسان وحده من بين الكائنات الحية يحمل الأمانة وهي عبارة عن كل ما يجب على الإنسان أن يقوم به تجاه غيره، قال سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا﴾^(٤).

الأساس السابع: وحدة المسؤولية: - فكل إنسان يتحمل تبعات أعماله إن كانت خيراً فجزاؤه خير وإن كانت شراً فجزاؤه شر دون تمييز بين إنسان وإنسان آخر بالعرق أو الجنس أو اللون أو الاقليم أو نحو ذلك. قال سبحانه وتعالى: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ، وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾^(٥).

لفظة (مَنْ) من صيغ العموم تفيد العموم لذاتها ولم يشبث بخصوص يخصص هذا العموم.

بالإضافة الى ما ذكرنا من مبررات عدم وجود الحصانة لأي إنسان ايأ كانت منزلته فإن المنصب أو الوظيفة في الإسلام ليس حقاً ولا مركزاً يتميز به من غيره، وإنما هو تكليف وتحميل للمسؤولية فالمركز الذي يحتله أي مسؤول إنما هو خدمة لغيره فهو احرى من غيره بان لا يتميز بميزة تؤهله للحصانة.

(١) سورة البقرة - ٢٩

(٢) سورة آل عمران - ١٨٥

(٣) سورة النساء - ٧٨

(٤) سورة الأحزاب/ ٧٢

(٥) سورة المزلة (الاية ٨ و٧)

وفي صحيح مسلم ^(١): ((عن أبي ذر قال قلت يا رسول الله ألا تستعملني ^(٢)) قال فاضرب يده على منكبي ثم قال يا أبا ذر إنك ضعيف وإنها أمانة وإنها يوم القيامة خزي وندامة إلا من أخذها بحقها وأدى الذي عليه فيها)).

هذا الحديث الشريف أصل عظيم في إجتناّب المناصب والوظائف ولا سيما بالنسبة لمن كان فيه ضعف عن القيام بوظائف تلك المناصب لعدم كفايته وضعف أهليته.

^(١) صحيح مسلم ٣ / ١٤٥٧

^(٢) أي توظفني وتعينني بمنصب



الفصل العادي عشر

الاجتهاد القضائي

لا يوجد فرق جوهري بين الاجتهاد القضائي
وغیره من سائر الاجتهادات لذا نتناول الموضوع
بوجه عام.

والاجتهاد مأخوذ من الجهد وقد ورد لفظة بضم
الجيم وفتحها بعدها معان اقربها الى المعنى
الاصطلاحي الطاقة.

وفي الاصطلاح: بذل الطاقة العقلية لاكتشاف
الحكم الحقيقي للموضوع المعني به.

وكان القاضي في الاسلام لا يتولى ممارسة هذه
الوظيفة مالم يكن مجتهداً أي متمتعاً باهلية
الاجتهاد ولو كان ذلك في بعض المسائل دون
بعضها فلم يشترط ان يكون مجتهداً مطلقاً في
جميع الأمور.

وقد ظل هذا النمط مستمراً منذ عهد الرسالة
الى العصر الاخير من الخلافة العباسية ثم أصبح
القاضي مقلداً لمذهب معين كتقليد المذهب
الحنفي في العراق وفي الدول الخاضعة للخلافة
العثمانية.



كما لم يكن هناك التخصص المكاني أو العملي فكان القاضي ينظر في جميع المسائل والقضايا سواء كانت جزائية أو مدنية أو من الأحوال الشخصية أو من غيرها لأن الحياة آنذاك كانت بسيطة بالنسبة للعصر الحديث.

وكانت ولاية للمظالم تشبه إلى حد كبير محكمة التمييز (أو محكمة النقض). وكان يختص من يتولاها بالنظر فيما يعجز عنه القضاة والنظر في حالات تعصي ذوي الجاه والحسب وأرباب الوظائف والمناصب كالقضاء الإداري في هذا العصر. وكان القضاة يرجعون في أفضيتهم إلى كتاب الله وسنة رسول الله (ﷺ) فإن لم يجدوا نصاً فيها عملوا بأجماع الصحابة والسوابق القضائية للخلفاء السابقين وبوجه خاص الخلفاء الراشدين.

فإن لم يجدوا يقلدون آراء فقهاء أئمة المذاهب ولكن من كان أهلاً للاجتهاد يمتد برأيه. وعلى القاضي الشرعي الذي له أهلية الاجتهاد ان يتقيد بالتسلسل الآتي: - القرآن أولاً والسنة النبوية ثانياً والاجتهاد واستخدام الرأي ثالثاً. كما جاء في حديث معاذ بن جبل حين إختاره الرسول (ﷺ) بعد ان رشعه لأن يكون والياً وقاضياً في اليمن.

فقال له كيف تقضي؟ قال أقضي بكتاب الله، قال فإن لم تجد في كتاب الله، قال أقضي بسنة رسول الله، قال فإن لم تجد في سنة رسول الله؟ قال اجتهد رأيي ولا ألو^(١) قال فحسب رسول الله صدره وقال الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله^(٢).

شروط الاجتهاد: -

- أ. بالنسبة للاجتهاد في الأحكام الشرعية يشترط الشروط الثلاثة الآتية: -
 ١. ان يفهم روح الشريعة الاسلامية وغايتها.
 ٢. ان يفهم جوهر الحياة ومتطلباتها.
 ٣. ان يفهم الصلة بين الشريعة والحياة.
- ب. بالنسبة للاجتهاد في القوانين يشترط ان يتوفر الشروط الثلاثة الآتية: -

^(١) أي لا تقصر في اللجوء إلى الاجتهاد واستخدام الرأي.

^(٢) رواء ابو داود - رقم الحديث ٣٥٩٢ و ٣٥٩٣ كتاب الأفضية باب إجتهد الرأي في القضاء. والترمذي رقم ١٣٢٧ و ١٣٢٨ في كتاب الاحكام باب ما جاء في القاضي كيف يقضي.

١. ان يكون ملماً بالقوانين ذات العلاقة.
 ٢. ان يفهم طبيعة الموضوع الذي ينظر فيه.
 ٣. ان يدرك الصلة بين القانون الواجب لتطبيق والموضوع^(١).
- ولا يشترط ان يكون القاضي من الذكور كما لا يشترط ان يكون مسلماً الا في القضايا الدينية. بل المهم هو ان يكون أهلاً للاجتهاد.
- واجتهاد القاضي اما ان يكون في مورد النص او في حالة غياب النص لذا تقسم دراسة الاجتهاد القضائي الى قسمين الاجتهاد في مورد النص والاجتهاد فيما لانص فيه ويخصص لكل شق مبحث مستقل.

^(١) هذه الشروط بالنسبة للشرعية والقانون من إستعداداتي وذلك لأن الشروط التي بحثوها في المراجع أكثرها لا تصلح لهذا العصر المتطور بالإضافة الى الإطالة المملة في تلك الشروط.

المبحث الأول

الاجتهاد في مورد النص

ومن الواضح ان النصوص القانونية إما جزائية او غير جزائية^(١) لذا نتناول دراسة كل فئة في فرع مستقل.

الفرع الأول

الاجتهاد في مورد النصوص غير الجزائية

الاحوال الشخصية العراقي القائم ونصوص القانون المدني العراقي القائم لأن الغرض من هذا الاستعراض هو التمثيل والتوضيح وليس المقصود الاطاحة بجميع فروع القانون داخل العراق وخارجه لأن هذا امر من الصمب الاطاحة به.

لولا: الاجتهاد في مورد النص في قانون الاحوال الشخصية العراقي القائم: -

١. اقتراح تعديل الفقرة الاولى من المادة الاولى (تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او فحواها) لتحل عليها الفقرة الآتية (تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها او مفهومها).

وجه الاقتراح ان الفقرة القائمة تعطي القاضي صلاحية إستقاء الاحكام من قناتين فقط المنطوق الصريح والمفهوم الموافق في حين ان للمقترح يعطي صلاحية الاستقاء من ست قنوات وهي (منطوق النص، اقتضاء النص، اشارة النص، إيماء النص، المفهوم الموافق والمفهوم المخالف)^(٢).

^(١) ومعيار التمييز بين النصوص الجزائية وغير الجزائية هو ان الشق الأول يعالج الاعتداء على الحق العام والثاني يعالج الاعتداء على الحق الخاص بالاضافة الى ان القاضي في النصوص للجزائية مقيد برعاية مبدأ للشرعية بخلاف غيرها.

^(٢) وقد تناولنا دراسة هذه القنوات الست بالتفصيل سابقا.

٢. اقتراح تعديل عبارة (ويعتبر عقد الزواج بالاكراه باطلا اذا لم يتم الدخول) كما ورد في المادة التاسعة في القانون المذكور لتحل محلها عبارة (ويعتبر عقد الزواج بالاكراه موقفاً فاسداً اذا لم يتم الدخول الاختياري).

وجه الاقتراح ان الزواج الباطل لا يتحول الى الصحيح بالاجازة لانه معدوم والمعدوم لا يتحول الى الموجود بأية طريقة كانت ثم ان الدخول قد يكون بالاكراه ايضاً فلا تأخر له مطلقاً.

٣. تضاف فقرة جديدة ثالثة الى المادة (العشرين) كالآتي: - يقيم مهر الزوجة المؤخر بعد الفرقة بالطلاق او الوفاة بالذهب وقت إنشاء الزواج إذا كان المهر نقوداً تغيرت قوتها الشرائية ^(١) بالصعود او الهبوط).

وجه الاقتراح رفع الظلم عن الزوجة التي تم زواجها قبل ستين سنة مثلاً عندما كان سعر مثقال من الذهب ديناراً واحداً أو أقل أو أكثر في حين ان سعر مثقال الذهب في الوقت الحاضر أكثر من مائة ألف دينار فليس من العدل والانصاف ان تتقاضى الزوجة بعد هذا التغير في القوة الشرائية مئة دينار من مهرها المؤجل.

٤. ومن الاجتهادات القضائية الحاطشة إجتهد محكمة التمييز بقرارها المرقم ٢٩٤ /موسمه اولى / ٨٤ - ٨٥ في ٢٦ / ٦ / ١٩٨٥ و ٨٥٠ / ٢٥٠ / شخصيه ٨٤ - ٨٥ في ٦ / ١٠ / ١٩٨٥ و ١٩٨٣ / موسمه اولى / ٨٥ - ٨٦ في ٣٠ / ٦ / ١٩٨٦ و ٣٣٤ / موسمه اولى / ٨٦ - ٨٧ في ٦ / ٥ / ١٩٨٧ بان المشرع العراقي في المادة (٨٩) ^(٢) من القانون المذكور اخذ بنظام الطبقات في الفقه الجعفري فكل طبقه من الطبقات الثلاث الواردة حسب التسلسل في الفقرات (١، ٢، ٣) لهذه المادة تحجب الطبقة التي تليها في المرتبة.

^(١) لأن للعملة إذا تغيرت قوتها للشرائية تتحول من صفة المثلية الى صفة القيمة فعندئذ تقدر القيمة بقيمة يوم نشأة الالتزام.

^(٢) نص المادة (٨٩): - الوارثون بالقرابة وكهنية تواريخهم:

١- الأبوان والأولاد وان نزحوا للذكر مثل حظ الأنثيين.

٢- الجد والجدة والاخت والأخوة والأخوات وأولاد الأخوة والأخوات.

٣- الأعمام والعصمات والأخوال والحالات وذو الأرحام.

لوجه خطأ إجتهاه محكمة التمييز في تفسير المادة (٨٩) ما يلي: -

أ- لو صح هذا التفسير لما كان هناك حاجة الى تعديل الفقرة (٤) من هذه المادة وهي: (تعتبر الأخت الشقيقة بحكم الأخ الشقيق في المحجب) لأنها كالأخ في نظام الطبقات بدون هذا التعديل.

ب- لو اخذ بالنظام المذكور لما ورد ذكر تعبير (أخو الأرحام) لأن هذا التعبير غير موجود في مذهب الشيعة الامامية ونظام الطبقات.

ج- لو اخذ بهذا النظام لقال المشرع في الفقرة الثانية (والأجداد) بدلاً من (الجد) لأن المراد بالجد الوارد في هذه الفقرة هو الجد العصبي (أب الأب) بينما في فقه الامامية الجد يشمل أب الأب وأب الأم ولذلك هم يستعملون الأجداد بدلاً من الجد.

ثانياً: - الاجتهاد في مورد النص في قانون المدني العراقي القائم: -

١. الخطأ الوارد في الفقرة الأولى من المادة الأولى تكرر في الفقرة من المادة الأولى في هذا القانون لذا نقترح تبديل عبارة (في لفظها او فحواها) بعبارة (منطوقها او مفهومها) لما ذكرناه.

٢. إعتبار العقد موقوفاً لعيوب الإرادة او الرضا في المادة (١٣٤) يخالف الفقه الاسلامي والفقه الغربي وقد شذ المشرع العراقي في هذا الاتجاه لذا نقترح إعادة النظر في هذا الموضوع واعتبار العقد نافذاً غير لازم.

٣. اقتراح تبديل تعبير (تبيع) في المادة (١/٢١٢) بعبارة (تجيز) لأن الضرورة ليست من اسباب الاباحة وانما هي من موانع المسؤولية الجزائية دون المدنية فهي من اسباب الرخصة فمن اكل مال الفجير بدون اذنه تحت ضغط الحاجة والضرورة لايسال جزائياً لكن يسأل مدنياً فعليه تعويض ما اكله.

بينما في اسباب الاباحة لايسأل الشخص لاجزائياً ولا مدنياً.

٤. خلط المشرع العراقي بين محل الالتزام وموضوعه كما خلط بين محل العقد ومحل الالتزام في المادة (١/٢٢٩) من القانون المذكور التي نصها (يجوز ان يكون محل الالتزام معد وما وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل و عين تعييناً نالياً للجهالة والغدر).

والصواب ان يقال (يجوز ان يكون موضوع الالتزام) او (محل العقد) معدوما الى آخره لأن الالتزام من الاحكام التكليفية لايتعلق بالاعيان وانما يتعلق بالافعال كالاداء والتسليم

والامتناع وهو ذلك وقد وقع في نفس الخطأ المشرع المصري (م ١٣١-١٣٥) والسوري (م ١٣٦-١٣٧) والاردني (م ١٥٧-١٦٤) الجزائري (م ٩٢-٩٦) واليمني (م ١٨٦-١٩٧) واكتفى بهذا القدر من تطبيقات الاجتهاد في مورد النص وهذا النوع من الاجتهاد المفروض ان يكون من القاضي لأنه يطبق النص للقاضي معين للمشرع فيما يدركه من الحلل في كل نص.

الفرع الثاني

الاجتهاد في مورد النصوص الجزائية

نطاق الاجتهاد في مورد النصوص الجزائية أضيق بكثير من الاجتهاد في غيرها فالقاضي مقيد فيها بمبدأ الشرعية فعليه ان لا يتوسع في الاجتهاد بالنسبة للنصوص الجزائية لأنه لا يملك سلطة إستحداث الجريمة والعقوبة لكن له سلطة الاجتهاد في تفسير النصوص الجزائية الغامضة وله تفصيل النص العام بالنص الخاص كتخصص رسوم المادة (٦) من قانون العقوبات العراقي القائم (تسرى احكام هذا القانون على جميع الجرائم التي ترتكب في العراق) بالمادة (١١) من نفس القانون (لا يسرى هذا القانون على الجرائم التي تقع في العراق من الأشخاص المتمتعين بحصانة مقررّة بمقتضى الاتفاقيات الدولية او القانون الدولي او القانون الداخلي).

وله تقييد النص المطلق بحكمة النص وعلة حكمه كتقييد الليل الفلكي بالظلام في المادة (٤٤٠) من نفس القانون التي نصها (يعاقب بالسجن المؤبد او المؤقت من ارتكب سرقة يجتمع فيها الظروف التالية: -

- ١- وقوعها بين غروب الشمس وشروقها من الواضح انه لافرق بين الليل قبيل شروق الشمس او بعيد غروبها بمقدار ربع ساعة وبين النهار فحكمه تشديد العقوبة واعتبار الليل طرفاً مشدداً تتطلب تقييد هذا الليل بوقت حلول الظلام الذي هو محل الرهبة والخوف.
- ومن الاجتهاد في مورد النص اقتراح نقل الفقرة (٤) من المادة (٤١) الى المادة (٣٩) او (٤٠) لأن هذه الفقرة التي نصها (اعمال العنف التي تقع على من ارتكب جناية او جنحة مشهودة بقصد ضبطه) من باب اداء الواجب وليس من باب استعمال الحق.

ومن الاجتهاد في صوره النص تفسير المنقول في المادة (٣١٢) من قانون العقوبات المصري القائم في تصرف السرقة (كل من اختلس متقولاً بملوكاً لغيره فهو سارق) بما يشمل كل ما هو متصل بالأرض او مفروس فيها لجبره فصله عنها والشار لجبره قطفها والقوى الكهربائية والمالية وكل طاقة او قوة محرزة اخرى كما ورد هذا التفصيل في المادة (٤٣٩) من قانون العقوبات العراقي القائم.

ومن الاجتهاد في صوره النص تعميم المادة (٢٣٧) من قانون العقوبات المصري القائم (من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومن يزني بها يعاقب بالحبس بدلا من العقوبات المقررة في المادتين (٢٣٦ و٢٣٧) بما يشمل الاعتداء عليهما او على احدهما اعتداء المضي الى الموت او الى عاهة مستديمة وذلك عن طريق استخدام مفهوم الموافقة للنص المذكور لأنه اذا كانت عقوبة القتل العمد تتأثر بهذا الطرف البشع وتنزل الى عقوبة الجنحة فإن تلحقها به في عقوبة الضرب المضي الى الموت او الاحابة بعاهة مستديمة يكون من باب أولى.

وجملة الكلام ان الاجتهاد في صوره النصوص الجزائية جائز سواء أكان من القاضي أم من هذه شريطة ان لا يؤدي هذا الاجتهاد الى استحداث جريمة او عقوبة لم تكن مشمولة بالنص صراحة او ضمنا وذلك التزاماً بالتقيد بهذا الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

المبحث الثاني

الاجتهاد فيما لا نص فيه

مجال تطبيق الاجتهاد القضائي:

أ- لاجال للأجتهاد قضائياً كان أو غير في المسائل والقضايا الجزائية يقتضى مبدأ الشرعية (الاجرمة ولا عقوبة الا بنص) فالقاضي لا يملك سلطة احداث جرمة أو عقوبة في الشريعة أو القانون. وقد سبقت الشريعة القوانين بنات السنين في إقرار مبدأ للشرعية في آيات منها: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾ فيقتصر دور الاجتهاد في ما هذا المسائل الجزائية.

ب- ما يقره إجماع فقهاء الشريعة، أو مجلس الشورى، أو المجلس النيابي (البرلمان) ليس من باب الاجتهاد القضائي لان دور القاضي فيما تقرره هذه الجهات يقتصر على التطبيق شأنه شأن تطبيق النصوص.

ج - لا جهاد القاضي فيما لا نص فيه طرق مشتركة بين الفقه الاسلامي والقانون يستعين بها القاضي للوصول الى الحكم المطلوب ولا إختلاف الا في التسمية فالفقهاء يسمونها مصادر تبعية، ويطلق عليها القانونيون (القواعد العامة).

د- خلط علماء أصول الفقه بين طرق الاجتهاد لارجاع الجزئيات الى كلياتها من النصوص المعقولة للعاني (أي التي يدرك العقل عليها حكمها في القرآن والسنة النبوية وبين المصادر للاحكام) علما بأنها طرق لاكتشاف أحكام الله وليست مصادر لها.

هـ - القاضي في تطبيق السوابق القضائية ملزم للقضاء السابقين فلا يعد ذلك التطبيق إجتهد قضائياً.

و- أهل رجال الدين منذ تدوين المذاهب العمل بما يسميه علماء أصول الفقه المصادر التبعية للفقه الاسلامي بحيث أصبح التأليف والتدريس والتعلم والتعليق بالنسبة لهذه المصادر التبعية مجرد عمل تقليدي يعمل الخلف تقليدا للسلف لا يسمن ولا يغني لان المفتي أو القاضي لا يتمم نفسه باستخدام مصدر من تلك المصادر التبعية للوصول

الى الحكم المطلوب بل كل منهم يراجع مرجعاً فقهيّاً للمذهب الذي يقلّده وحتى لا يكلف نفسه بان يقارن بين مذهبه ومذهب آخر ليطلع على الرأي الراجح أو الملائم لعصره وللظروف التي يعيش فيها وهذه مصيبة كبرى ابتلى بها العالم الاسلامي منذ زمن بعيد.

اهم طرق الاجتهاد فيما لانص فيه: -

أهم طرق الاجتهاد القضائي وغير القضائي التي يسميها علماء أصول الفقه (المصادر التبعية) ويطلق عليها القانونيون القواعد العامة أو المصادر الرسمية يقر القانون العمل بها فيما لا نص فيه هي الآتية: -

١- العرف: وهو ما تكرر استعمالها من قول أو فعل حتى إكتسب صفة الاستقرار في النفوس والتقبل في العقول والرعاية في التصرفات^(١). وقد أقر القرآن العرف والعمل بمقتضاه في آيات منها قوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنْ الْجَاهِلِينَ﴾^(٢). وثبت حجتيه في غير المسائل الجزائية بالقواعد الفقهية الكلية منها العادة عكمة^(٣). المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً^(٤) للمعروف بين التجار كالمشروط بينهم^(٥). التمين بالعرف كالتمين بالنص^(٦).

وقد قلت أهمية العرف في القوانين الداخلية بعد أن تحولت أكثر الاعراف الى نصوص قانونية ولكن مازال له دور مهم في القانون الدولي وفي حل النزاعات في ضوء الاعراف الدولية.

وكذلك له أهمية كبيرة في الاجتهاد القضائي وفي الفقه الاسلامي.

(١) ينظر مؤلفنا أصول الفقه في نسيجه الجديد/١/٧٧.

(٢) سورة الاحراف/ ١٩٩.

(٣) مجلة الاحكام العدلية المادة (٣٦).

(٤) المجلة (٤٣).

(٥) المجلة (٤٢).

(٦) المجلة (٤٥).

شروط العمل بالعرف: -

١. ان يكون صحيحا لا يخالف نصا صريحا أو النظام العام أو الآداب العامة.
٢. أن يكون مطردا غير مضطرب بأن يكون ثابتا معمولا به.
٣. أن يكون سابقا في وجوده على الواقعة التي يطبق فيها.
٤. ان يكون عاما في الاحكام العامة.
٥. ان لا يتم الاتفاق من ذوي العلاقة على العمل بخلافه.^(١)
- ٢- القياس: - وهو ارجاع الجزئيات الى الكليات النصوص المعقولة المعاني اي النصوص العامة التي بإمكان العقل السليم ان يدرك عللها وغاياتها من نفع يستجلب أو ضرر يستدرك وقد سبق تفصيل الخلاف في القياس سابقاً وأقترح أن يؤخذ بتعريفنا هذا لانه اضبط وأدق من تعريفات علماء أصول الفقه له.
- ٣- للمصلحة: - وهي المنفعة المستجلبة أو المصرة المستدرة وسبق ان بينا ان الله تعالى حصر الغاية من الرسالة المحمدية في مصلحة الانسان في قوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾. وجدير بالذكر ان جميع الطرق الاجتهادية الاخرى ترجع الى المصلحة^(٢).
- ٤- الاستحسان: - وهو استثناء بعض المسائل الجزئية من قواعد الكلية رعاية للمصلحة أو الضرورة أو العرف.
- كاستثناء الشهيد في سبيل للمصلحة العامة من شرط إكمال الخدمة العسكرية العامة أو المدنية لغرض مرتب التعاقد وذلك رعاية للمصلحة العامة ومصلحة أسرته وكاستثناء المضطر من أكل الميتة وأكل مال الفجر من قاعدة التجريم وذلك رعاية للضرورة.
- ٥- سد الذرائع وفتحها: - الذريعة وسيلة يعطى لها حكم غايتها من المشروعية وعدمها وتفتح اذا كانت مشروعة والا فتسد ولها اقسام أربعة.
- أ- الوسيلة والغاية مشروعتان كمنع الجوائز للطلبة الأرائل لغرض المنافسة في سبيل التفوق العلمي فتفتح الذريعة.

^(١) أصول الفقه في نسجيته الجديد ٨٤/١ وما يليها.

^(٢) للاطلاع على تفصيل ذلك ينظر مؤلفنا أصول الفقه في نسجيته الجديد ١١/١.

ب- كلتاهما غير مشروعة كالاتفاق الجنائي على ارتكاب جريمة مقابل مبلغ من المال فتسد الذريعة.

ج- الوسيلة مشروعة والغاية غير مشروعة كتقديم هدية للقاضي بقصد تحييزه له وقت المرافعة فتسد.

د- الوسيلة غير مشروعة والغاية مشروعة فتفتح كعقوبة الجنائي لغرض حماية الارواح والاموال والاعراض والامن والاستقرار.

٦- الاستصحاب: - وهو اقرار بإبقاء حكم سابق لم يثبت زواله.
والقاسم أربعة: -

أ- الاباحة الأصلية للأشياء النافعة مالم يثبت خلاف ذلك فالأصل في الموجودات الكونية من الأشياء النافعة الاباحة لقوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَسَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ و (الام) لكم للنفع فلا يتصور ان يخلق الله شيئاً لنفع الانسان ثم يمنعه منه.

ب- أستصحاب البراءة الأصلية فالانسان يولد وذمته بريئة من كل التزام جنائي أو مدني فعلى القاضي ان يعتبره انه مازال بريئاً عن كل مطالبة قضائية حتى يثبت خلاف ذلك.

ج- أستصحاب حكم ثابت سابق بدليل شرعي حتى يثبت خلافه فالمرأة المتزوجة سابقاً اذا طلبت من القاضي تزويجها من زوج آخر على القاضي رد الطلب حتى تثبت الفرقة بالوفاء أو الطلاق و انتهاء العدة.

د- أستصحاب الصفة الأصلية للأشياء فمن أشتى سيارة ثم استعملها وظهر فيها عيب يبرر فسخ العقد وأدعى البائع حدوثه بعد القبض فهو ليس ضامناً له وأدعى المشتري حدوثه قبله على القاضي ان يرجع جانب البائع حتى يثبت خلاف ذلك لأن الأصل السلامة والعيب عارض.

القانون والاجتهاد القضائي :-

نقتصر على القانونين (العراقي والمصري) إستبعاداً للأطالة الملة.

ولاً: القانون المدني العراقي القائم:

تناولت المادة الاولى من هذا القانون في فقراتها الثلاث تحويل القاضي سلطة الاجتهاد في مورد النص وفيما لانص فيه كالآتي :-

أ- خصصت الفقرة الاولى حالة مورد النص فنصت على أنه (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها) وهذه الفقرة ناقصة ومعيبة فهي أقتصرت على طريقتين من طرق إستنباط القاضي الحكم من النص: -طريقة المنطوق الصريح للنص وفي هذه الحالة لا يحتاج القاضي الى الاجتهاد.

وطريقة المفهوم الموافق، والقول بحاجة القاضي للاجتهاد في هذه الحالة يتوقف على تحديد تكييف المفهوم الموافق^(١) فاذا كُيف يقاس المسكوت عنه على المنطوق به في الحكم لاشتراكهما في علة يكون القياس عملية اجتهادية على القاضي ان يلجأ اليها. وأما اذا كُيف بانه من قبيل الدلالة اللفظية العرفية الحقيقية أو المجازية فلا داعي للاجتهاد.

وفي جميع الاحوال المادة ناقصة لانها أقتصرت على طريقتين لاستخراج الحكم من النص (المنطوق الصريح والمفهوم الموافق) في حين ان طرق الاستنباط في الواقع ونفس الامر ست كما ذكرنا ذلك سابقاً مراراً وهي (المنطوق الصريح للنص وإقتضاء النص، وإشارة النص، وإجاء النص، والمفهوم الموافق، والمفهوم المخالف) ولتصحيح هذا الخطأ الجسيم من الضروري تبديل تعبير (في ألفاظها أو في فحواها) بعبارة (بمنطوقها أو مفهومها).

^(١) كيفه البمض بأنه دلالة المفهوم الموافق عقلية قياسية اجتهادية والقاضي اذا لم يدرك علة الحكم المشتركة بين المنطوق به والمسكوت عنه لا يستطيع إلحاق الثاني بالاول في الحكم ولا يعني للقياس سوى ذلك. ونهب البمض الى أن الدلالة اللفظية مجازية من قبيل نكر الخاص وإرادة العام.

وقال جماعة دلالة لفظية حقيقية مرلية. لمزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا أصول الفقه في نسجه الجديد ٢/ ٤٩١ ومايلها

وقد تناولت الفقرة الثانية والثالثة من هذه المادة الاجتهاد القضائي في حالة غياب النص.

ب- الفقرة الثانية: (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب معين فان لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة).

وللمشرع كما هو واضح خول القاضي سلطة الاجتهاد والاستعانة بالطرق الثلاث الاتية مع رعاية التمسك الاتي: -

اولاً: - العرف - ثانياً: مبادئ الشريعة الاسلامية ثالثاً: قواعد العدالة.

وهي وب هذه الفقرة هي الآتية: -

١. تقديم العرف على الشريعة^(١) مع ان الشريعة من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها بخلاف العرف.

٢. اذا تعارض العرف والشريعة يقدم العرف حسب التمسك المذكور وهذا في بلد ينص دستوره على ان دين الدولة الرسمي هو الاسلام.

٣. خلط المشرع بين الشريعة والفقه الاسلامي مع ان الشريعة نصوص واحكام القرآن والسنة النبوية وهي ملزمة عقيدة وعسلاً وثابتة لا تتغير بالزمان والمكان والاشخاص واختلاف المصالح وغير قابلة للخطأ بخلاف الفقه الذي هو شرح لتلك النصوص وهو غير ملزم وغير ثابت وقابل للخطأ والتغيير.

٤. تعبير مبادئ الشريعة الاسلامية خطأ لا يفتقر لانها وحي والمبادئ من بنات أفكار الانسان.

٥. قواعد العدالة مجهولة ومبهمة وغير محددة للقاضي فما هي هذه القواعد هل هي شرعية أو قانونية أو اصولية أو منطقية أو عقلية.

^(١) مشروع القانون المدني العراقي القائم ثم اعداده من قبل لجنة مشكلة من الاعضاء المراقبين برئاسة المرحوم السنهوري وكانت الشريعة مقدمة على العرف حين اكمال المشروع وبعد رجوع السنهوري الى القاهرة قدم الاعضاء المراقبيون العرف على الشريعة فكتب لهم السنهوري رسالة وهاتيم فيها على هذا الصنيع. وقد اطلعت على هذه الرسالة لدى الاستاذ ضياء الشيت خطاب رئيس محكمة التمييز سابقاً.

٦. وإحالة القاضي الى مجهول أو مفهوم عام غير واضح المعالم مرفوض في المنطق ولدى العقل السليم.

ج - الفقرة الثالثة وتستشهد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية.

ولهذه الفقرة أيضا هيوب ومنها: -

١. حكم القاضي بما أقر، الفقه أو القاضي في العراق أو في بلد آخر تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية من باب التقليد دون الاجتهاد.

٢. لكل قضية ظروفها وخلفياتها الخاصة ولو كانت القضايا متناظرة فلا يبرز للقاضي ان يحكم في قضية معينة بما حكم به في نظيرها القاضي السابق أو الفقيه لان إختلاف الحكم باختلاف الظروف والزمان والمكان والاشخاص أمر واره.

٣. قد يكون القاضي السابق أو الفقيه غير مصيب في حكمه لانه مجتهد وكل مجتهد كما يكون مصيبا قد يكون مخطئا، ففي الحالة الثانية يتكرر الخطأ في اجتهاد القاضي المعتمد على الحكم السابق اذا حكم بنفس الحكم.

لكن اذا كانت الاستعانة بالسوابق القضائية لمجره الاسترشاد دون الحكم فهو مقبول بغض النظر عن التقارب وعدمه بين القوانين.

٤. الحكم باحكام بلد آخر رغم تقارب القوانين أمر ترفضه فلسفة القانون لان المفروض في قانون كل بلد أنه يستقي من واقع وطبيعة حياته لذا قال مونتسكيو كما ذكرنا سابقا ان قانون مجتمع لا يصلح لمجتمع آخر.

ثانياً: القانون المدني المصري القائم^(١)

وقع المشرع المصري في نفس الاخطأ التي وقع فيها المشرع العراقي في المادة الاولى التي نصها: (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في الفاظها أو في معواها فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ

القانون الطبيعي وقواعد العدالة). ولايجر لتكرار أخطأ القانون المدني العراقي في التعليق على القانون المدني المصري أيضا ولكن من الضروري الإشارة الى خطأ أنفرد به القانون المدني المصري وهو اضافة عبارة القانون الطبيعي فهذا القانون عاش وبعث بين الحقيقة والخيال.

فاذا أريد به القانون الالهي فتطبق عليه المواصفات التي ذكرها علماء القانون للقانون الطبيعي وإذا أريد به القانون الذي يستقى من طبيعة واقع المجتمع يكون له حقيقة أيضا لكن ليس أبديا وخالدا ومثاليا.

أما إذا أريد به ماقاله بعض فقهاء القانون كالمرحوم السنهوري والمرحوم الاستاذ عبدالباقي البكري والاستاذ الدكتور منفر الشاوي من أنه قانون أبدى وأزلي ومثالي وثابت لا يتغير بتغير الزمان والمكان وعلى المشرع الوضعي أن يطور القانون في ضوءه فهو من باب الخرافات ونسيج اخیال. ونقترح ان تكون صياغة المادة الاولى في كلا القانونين العراقي والمصري كالآتي:

١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو مفهوماتها.

٢- فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى القواعد العامة للمثلة بالمصادر التبعية في أصول الفقه الاسلامي.

٣- تسترشد المحاكم في اجتهاداتها بالقواعد الفقهية العامة في الفقه الاسلامي دون تقييد بمذهب معين وبالسوابق القضائية الصائبة العادلة في نظائرها.

رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا وَالْحَمْدُ لِلَّهِ

الصلة بين المنطق والقانون

تأليف

الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي

الاستاذ المتمرس في الشريعة والقانون

﴿وَمَنْ يُؤْتَ الْحِكْمَةَ فَقَدْ أُوتِيَ
خَيْرًا كَثِيرًا﴾

سورة البقرة/٢٦٩

(عليك بالحكمة فإن الخير في الحكمة)

الحديث الشريف

(من لا معرفة له بالمنطق لا ثقة بعمله)

الغزالي

(المنطق ميزان العلوم)

ابن سينا

الفهرس

٧	مقدمة
٧	تعريف للمنطق:
١٠	تطور المنطق:
١١	صلة المنطق بالعلوم الاخرى:
١٥	الفصل الاول: المنطق ودلالات النصوص
١٦	المبحث الأول: الدلالة واقسامها
١٦	الدلالة:
١٨	المبحث الثاني: طبيعة دلالات النصوص على الاحكام في ضوء علم المنطق
١٨	أولاً- الدلالة المطابقة:
١٩	ثانياً- الدلالة التضمنية:
٢٠	ثالثاً- الدلالة الالتزامية:
٢٥	الفصل الثاني: المنطق وتفسير المصطلحات القانونية
٢٧	لمبحث الاول للمبادئ التصورية
٢٩	لمبحث الثاني مقاصد التصورات
٣٢	الفصل الثالث: المنطق وتقسيم الموضوعات القانونية
٣٣	التقسيم العقلي:
٣٥	((التفريق للضرر)):
٣٦	التقسيم الاستقرائي:
٣٧	الفصل الرابع: المنطق والخلط بين بعض المصطلحات القانونية
٣٧	التناقض والتعرض:
٣٨	أولاً- من حيث الحقيقة:
٣٨	ثانياً- من حيث الشروط:
٤٠	ثالثاً- من حيث الحكم:
٤٢	المصادرة على المطلوب:
٤٣	الخلط بين العام والخاص المطلق وبين العام والخاص من وجه:
٤٥	الفصل الخامس: القضايا المنطقية والقواعد القانونية

٤٧	المبحث الأول: القضية المحلية
٤٧	شروط القضية المحلية الموجبة:
٥٠	المبحث الثاني: القضية الشرطية
٥١	أولاً- القضية الشرطية المتصلة:
٥٤	ثانياً- القضية الشرطية المنفصلة:
٥٧	الفصل السادس: المنطق والادلة القضائية
٥٧	الدليل:
٥٨	القياس المنطقي:
٥٨	أولاً- القياس الاقتراضي المحلي:
٥٩	ثانياً- القياس الاقتراضي الشرطي:
٦٠	ثالثاً- القياس الاستثنائي المتصل:
٦١	رابعاً- القياس الاستثنائي المنفصل:
٦٢	المبحث الأول: الادلة العقلية
٦٢	اقسام الادلة العقلية:
٦٣	أولاً- الادلة العقلية اليقينية:
٦٤	ثانياً- الادلة العقلية غير اليقينية (الاصارات):
٦٩	المبحث الثاني: الادلة العقلية
٦٩	الدليل العقلي اليقيني:
٦٩	أ- اليقنيات البديهية:
٧٠	ب- اليقنيات النظرية:
٧١	الادلة اللمية والادلة الانية:
٧١	القسم الأول- الدليل اللمي:
٧٢	القسم الثاني- الدليل الانى:
٧٤	الحاتمة:
٧٤	اهم النتائج الاصلية للمبتكرة في هذا البحث.

مقدمة

ان القانوني يعيش مع النصوص، والنصوص هي حقل العمل القانوني، فكما أن هناك قوانين تنظم علاقة الانسان مع الانسان في متطلبات الحياة، كذلك هناك ثلاثة قوانين تنظم علاقة القانونيين مع النصوص:

الأول- قانون اللغة (لغة النص):

وهو يحفظ لسان القانوني عن الخطأ في التلفظ، وقله عن الخطأ في الكتابة، وإعداده للمشروع القانوني عن الخطأ في الصياغة الفنية الدقيقة للنصوص القانونية.

الثاني-قانون أصول الفقه:

وهو يعمم ذهن الفقيه، والقاضي، والمحامي... عن الخطأ في استنباط الاحكام من نصوصها، والفروع من اصولها.

الثالث-قانون للمنطق:

وهو يحمي عقل المفكر القانوني عن الخطأ في التفكير والاجتهاد والاستدلال، وتكييف الوقائع، وتصميم البحوث القانونية، وترتيب عرضها. ولشيوخ الصلة بين القانونين الاولين وبين النصوص، أقصر في هذا البحث على عرض وبيان بعض الاحكام المنطقية والقانونية تؤكد الصلة بين علم المنطق والقانون، وتبين ما للمنطق من اهمية كبيرة في القانون من زاوية تشييد ذهن القانوني، وتحقيق تفكيره بحيث يجعله يغوص في عمق بحار النصوص بدلاً من السباحة فوق سطوحها.

تعريف المنطق:

من الممتذر تعريف المنطق بما يشمل كافة انواعه، ولكن الذي يهمنا في هذا البحث هو المنطق الارسطي (التقليدي) الذي له العلاقة مع النصوص وكيفية الاستدلال، وطبيعة الاستنباط للوصول الى الحكم العادل الذي تستهدف النصوص التشريعية والقانونية تحقيقه.

وهذا النوع من المنطق قد عرف بتعريفات متعددة كلها تدور حول محور واحد وهو ان المنطق يعصم الذهن عن الخطأ في التفكير والاستدلال والاستنتاج.

فقد عرفه الفارابي بأنه: ((مجموعة قوانين تستخدم لقياس المعقولات، كما تستخدم الموازين والمكاييل في قياس الاجسام^(١)).

وعرفه ابن سينا بأنه: ((قانون صناعي عاصم للذهن عن الزلل، يميز لصواب الرأي من الخطأ))^(٢).

وعرفه الغزالي بأنه: ((القانون الذي يميز الهدى^(٣)، والقياس^(٤) من غيبه، وكأنه الميزان او المعيار للعلوم كلها، وكل ما لم يوزن بالميزان لا يتميز فيه الرجحان من النقصان ولا السرج من الخسران))^(٥).

وعرفه توما الاكويني بأنه: ((الفن الذي يقودنا بنظام ويسهولة وبدون خطأ في عمليات العقل الاستدلالية))^(٦).

ونستنتج من هذه التعريفات وغيرها: ان المنطق علم تحليلي عقلي فهو علم التفكير السليم او علم قوانين الفكر الذي يميز بين الصحيح والفاقد، وبين الصواب والخطأ من بنات افكار الانسان الاستدلالية والاستنتاجية.

فالمنطق بالمعنى العام آلة العلوم، فالعلوم الطبيعية، والاجتماعية، والقانونية، والاصولية... تستخدم قواعد وتحتاج اليه وهو لا يحتاج الى تلك العلوم.

أهمية المنطق:

اكتفى في بيان أهمية المنطق بالجملة المختصرة الجامعة البديعة التي قالها الفيلسوف الغزالي قبل زهاء تسعمائة سنة: وهي: ((من لا معرفة له بالمنطق لا ثقة بعمله)).

^(١) الفارابي ابو النصر: احصاء العلوم. نقلاً عن الدكتور مهدي فضل الله: مدخل الى علم المنطق (المنطق التقليدي)، ص ١٨.

^(٢) ابن سينا: منطق الاشارات والتنبيهات، ص ٣٣.

^(٣) التمييز بالفتحات.

^(٤) القياس المنطقي.

^(٥) للغزالي ابو حامد: مقاصد الفلاسفة تحقيق سليمان دنيا-دار المعارف القاهرة، ١٩٦١، ص ٣.

^(٦) توما الاكويني: لخبائر النصيرية نقلاً عن مدخل الى علم المنطق المرجع السابق، ص ١٨.

يَا قَوْمِ إِنِّي بَرِيءٌ مِّمَّا تُشْرِكُونَ، إِنِّي وَجَّهْتُ وَجْهِيَ لِلَّذِي فَطَرَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ حَنِيفًا^(١) وَمَا
لَنَا مِنَ الْمُشْرِكِينَ^(٢).

تطور المنطق:

على الرغم مما ذهب اليه البعض مثل كانت من ان المنطق ولد كاملاً ومتكاملاً منذ
ارسطو فلم يتقدم خطوة الى الامام كما لم يتراجع الى الوراء، الا ان المنطق الارسطي قد تطور
بفضل علماء المسلمين في العالم العربي والاسلامي، وبسبب بعض المفكرين في القرون الثلاثة
الاخيرة في العالم الاوربي تطوراً ملحوظاً. فعين كان منطق ارسطو يفتقد للمنهج التجريبي،
وكان يصلح لمعالجة الكليات اكثر مما يصلح للبحث في الامور الجزئية، نرى ان ابن سينا قرب
للمنطق الى المنهج التجريبي عن طريق معالجة الجزئيات ثم الانتقال منها الى الكليات. وقد
دمج المتكلمون من فلاسفة المسلمين القواعد العقلية المنطقية بالادلة النقلية الشرعية
لمناقشة المعارضة في الفكر الاسلامي، ولاقناع المحصوم بالحكمة والموعظة الحسنة، كما يأمر به
القرآن الكريم: ﴿ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ
أَخْسَنُ﴾^(٣).

وكذلك كان لعلماء اصول الفقه دور ملموس في تطوير علم المنطق وتثبيت كثير من
قواعده في علم اصول الفقه بصفة الاستعانة بها حين استنباط الاحكام من نصوصها
واستخراج الفروع من اصولها.

اما في العالم الاوربي فقد ساهم كثير من علماء القرن الثامن عشر والتاسع عشر
والعشرين في تطوير المنطق. ومن هؤلاء فرنسيس بيكون الذي وضع قواعد للمنهج التجريبي،
ودسم المخطوط الاولى لمنطق استقرائي يختلف في جوهره ونماده عن المنطق الارسطي، وكذلك
ستيوارت مل الذي طور منهجه الى العلم التجريبي العملي حتى يساهم في العلوم الاخرى.

^(١) مائلا الى الدين القيم.

^(٢) سورة الانعام الاية ٢٥-٢٩.

^(٣) سورة النحل ١٢٥.

صلة المنطق بالعلوم الاخرى:

بعد محاولات تطوير المنطق ظهرت اتجاهات بصد صلة المنطق بالعلوم الاخرى أهمها:

١-الاتجاه اللغوي:

يرى علماء اللغة: ان العلاقة وثيقة بين اللغة والمنطق لان الاول تعبير ظاهري والثاني تفكير باطني، فاللغة تمثيل حي للمدرك الذهني.

وقد انقسم علماء النحو من المسلمين، فمنهم من قبل بالتقسيمات المنطقية في النحو ومنهم من رفض ذلك كاخليل وسيبويه. ولكن أخيراً انتصر النحو المنطقي وانتهى الامر بسيادته.

٢-الاتجاه الميتافيزيقي:^(١)

يرى انصار هذا الاتجاه من برانتل وهيجل وغيرهما: ان للمنطق هو علم الفكر الضروري من حيث انه مطابق مع الوجود، او كما يقول الهيجليون: علم الفكرة المجردة، ولانه في مبادئه واقسامه ميتافيزيقي كمبدأ عدم التناقض، ومبدأ ان لكل معلول عللة وان الشئ هو هو...

٣-الاتجاه الاجتماعي:

يبني بعض علماء الاجتماع الصلة بين علم المنطق وعلم الاجتماع على اساس ان قواعد محاولة جعل المجتمع الذي صنع المنطق في زمن اجتماعي متأخر فأوجد تصور الحقيقة، والصدق، والحق... وغيرها من معايير اجتماعية. ومن زعماء هذا الاتجاه دوركايم الذي يقول ان المجتمع هو الذي اعطى الخطوات الاولى التي بنى عليها الفكر المنطقي.

^(١) ميتافيزيقيا: فرع من الفلسفة يبحث عن الحقيقة الاولية للوجود، سماها ارسطو الفلسفة الاولى. واطلقت على ما وراء الطبيعة. وهي عند الكندي: الفلسفة الاولى وبحث الربوبية. وعند الفارابي: العلم بالوجود بما هو موجود. وعند ابن سينا. العلم الالهي. وعند ابن الروشد: المنظر في الموجود بما هو موجود. وكل هذه التعريفات تدور حول محور واحد وهو الموجود الذي خرج من عالم المحسوس الى عالم المعقول. انظر الموسوعة العربية الميسرة، ص ١٧٩٥.

٤- الاتجاه السيكلوجي:

حاول بعض العلماء ومنهم (كانت) ربط علم المنطق بعلم النفس على أساس ان منبع الاعمال العقلية والارادية هو الشعور، وبذلك يمكن رد المنطق الى سيكلوجية العقل ورد الاخلاق الى سيكلوجية الارادة، وان صور الفكر وقوانينه خاضعة للبناء النفسي لو بناء الشعور.

٥- الاتجاه الرياضي:

ظهر أخيراً اتجاه يؤكد الصلة الوثيقة بين علم المنطق وبين الرياضيات، ونتيجة لذلك ظهر ما يسمى بالمنطق الرياضي^(١).

ومن المؤسف ان لا نجد من بين هذه الاتجاهات الاتجاه القانوني الذي يتولى بيان الصلة بين علم المنطق وبين القانون، مع ان هذه الصلة في اعتقادي اقوى من كل علاقة بين المنطق وبين أي علم آخر.

وهذا مما دفعني الى تقديم هذا الجهد المتواضع الى الاسرة القانونية بصفتي حائزاً لبعض الاوليات المنطقية والقانونية^(٢). ولا ادعى الاحلية الكاملة للواء بهذا الالتزام الادبي كما هو المطلوب، ولكن يقال: ((ما لا يدرك كله لا يترك جله)). فاحاول قدر الاستطاعة ان اتناول بالبحث الموضوعات التالية:

١- المنطق ودلالات النصوص القانونية.

٢- المنطق وتفسير المصطلحات القانونية.

^(١) أنظر الدكتور علي عبدالمعطي محمد، المنطق ومناهج البحث العلمي في للعلوم الرياضية والطبيعية، ص ٤٣ وما بعدها.

الدكتور علي سامي النشار، المنطق السوري منذ أرسطو وتطوره المعاصر، ط ١ ص ٣٦ وما بعدها.

^(٢) قرأت على يد بعض اساتذتي من علماء الاكراد في شمالي العراق خلال أعوام ١٩٣٩-١٩٤١ بعض الكتب المنطقية منها: شرح زكريا الانصاري على متن ايساغوجي في المنطق. وتهذيب المنطق للتفتازاني مع شرح الخبيصي وحاشية اليزدي، وتحرير القواعد المنطقية شرح رسالة الخمسبة للعلامة قطب الدين الرازي، وكتاب البرهان للعلامة الكندي، ولقد بتدريس هذه المواد في المدارس الاسلامية في محافظة السليمانية خلال فترة ١٩٤٦-١٩٥٥. وانتميت الى الاسرة القانونية ١٩٦٠ في كلية القانون والسياسة (كلية الحقوق سابقاً) جامعة بغداد. متعلماً. ومنذ ١٩٧٦ امارس مهنة التدريس في نفس الكلية معلماً.


٣- المنطق وتعميم الموضوعات القانونية.

٤- المنطق والخلط بين المصطلحات القانونية.

٥- المنطق والقواعد القانونية.

٦- المنطق والادلة القضائية.

وذلك في فصول ستة حسب التسلسل المذكور.



الفصل الأول المنطق ودلالات النصوص

توزع محتويات هذا الفصل على مبحثين:
الأول في الدلالة وإقسامها.
والثاني في طبيعة دلالات النصوص على
الأحكام.



المبحث الاول

الدلالة واقسامها

الدلالة:

هي كون الشئ بحالة يلزم من العلم به - بعد العلم بتلك الحالة - العلم بشئ آخر. فالاول دال، والثاني مدلول، والحالة هي اساس التلازم بينهما: فان كانت وضعاً فالدلالة وضعية، وان كانت طبعاً فطبيعية، وان كانت عقلاً فعقلية. وبناء على ذلك تكون اقسام الدلالة باعتبار هذه الحالة ستة:

١- الدلالة اللفظية الوضعية:

كدلالة اقرار المقر قانوناً وشرعاً على ثبوت المقر به اذا توافرت شروطه، سميت لفظية لأن اساسها هو التلفظ، وسميت وضعية لأن اللفظ موضوع لمعنى محدد لا يُفسر بغيره في اقرار الشخص وافادته.

٢- الدلالة اللفظية الطبيعية:

كدلالة بعض كلمات يوجهها المحقق الى المتهم وتثير في نفسه انفعالات شديدة لما لها من صلة بموضوع الجريمة على ثبوت التهمة الموجهة اليه دلالة ظنية قابلة لاثبات العكس. وهنا سميت الدلالة لفظية لأنها ناشئة من ألفاظ يوجهها المحقق إلى المتهم، أو ألفاظ ينطق بها المتهم، وسميت طبيعية لأن ردود الأفعال والإنفاعلات هي ظواهر طبيعية دالة على شيء ما بالطبع.

٣- الدلالة اللفظية العقلية:

كدلالة الألفاظ المتضاربة والمتعارضة في افادات الشهود بصدد التهمة الموجهة الى المتهم على عدم ثبوت هذه التهمة ثبوتاً مقنعاً للمحكمة المختصة. سميت عقلية لأنها ناشئة من استنتاج عقلي لما يدور في الألفاظ المتضاربة.

٤- الدلالة هي اللفظية الوضعية:

كدلالة اشارات المرور الدولية والداخلية المنصوبة على الطرق والشوارع العامة على المعاني المعنية بها في قانون المرور.

٥-الدلالة غير اللفظية الطبيعية:

كدلالة التفجرات الفيزيولوجية على فبوت التهمة الموجهة الى المتهم. وقد كان الفيلسوف اليوناني مؤسس علم المنطق اول من استخدم هذه الدلالة لكشف الجريمة، فكان يحس نبض الشخص المعني بالاستجواب ليعرف هل هو صادق في كلامه او لا، فابذا أسرع نبضه دل ذلك دلالة طبيعية على اضطرابه، وكذبه. وإن كان نبضه عادياً دل على العكس. كما استخدم الصينيون القدماء طريقة وضع الرز الجاف غير المطبوخ في فم المتهم فان بقى جافاً في فمه بعد التحقيق دل ذلك دلالة غير لفظية طبيعية على انه هو الجاني. والعلاقة بين الدال والمدلول هي الطبيعية، لان من مقتضى طبيعة القدد العلمية افرز اللغاب في الحالة الاحتياطية، وعدم الافراز في حالتها الحرف والانفعال. وهذا شبيه في الوقت الحاضر بما يسمى (جهاز كشف الكذب) الذي يستعمل لقياس تنفس المتهم، او ضغط دمه، او درجة مقاومة جلده لتيار كهربائي مما يظهر عليه اثناء التحقيق معه^(١).

٦-الدلالة غير اللفظية العقلية:

كدلالة هذا الكون العظيم الذي لا تزال عقول علماء الفضاء حيارى، اين يبدأ واين ينتهي؟! على وجود الحائق وهو الله سبحانه وتعالى. وهذا ما يسمى في علم الفلسفة البرهان الانتي، لي الاستدلال بالاثار على وجود المؤثر. ويقابله البرهان النسبي، او الاستدلال بالمؤثر على وجود الاثر، كالاستدلال بالجراثيم والميكروبات في الدم بعد الاختبار على وجود نوع معين من المرض في شخص المريض. وكدلالة بعض آثار الجريمة على فبوت التهمة الموجهة الى المتهم عن طريق الاستدلال الانتي (الاستدلال بالاثار على المؤثر).

(١) انظر الدكتور سلطان الشاوي، اصول للتحقيق الاجرامي، ص ٢٢٠.

الدكتور حسين محمد علي، الجريمة واساليب البحث العلمي، ص ٢٨٧.

الدكتور سعد جلال، اسس علم النفس الجنائي علماً وعملاً، ص ٣٨٩.

قد يلجأ المطلق إلى ايجاد طرق مختلفة للتوصل إلى الدليل الذي يتقرر بواسطته نتيجة المنطق، من تخويف ولهاب وتعذيب نفسي أو جسدي للمتهم، ولم ترد الإشارة إلى نوع الدلالة لتلك الحالة ومدى امكان التركيز إليها.

المبحث الثاني

طبيعة دلالات النصوص على الاحكام

في ضوء علم المنطق

تسرى النصوص التشريعية والقانونية على جميع العلاقات التي تتناولها وتدل على احكامها بدلالة من هذه الدلالات الست الآتية:

١- دلالة المنطوق.

٢- دلالة مفهوم الموافقة.

٣- دلالة مفهوم المخالفة.

٤- دلالة الاشارة.

٥- دلالة الاقتضاء.

٦- دلالة الایما.

وفي ضوء قواعد علم المنطق ترجع هذه الدلالات الست الى الدلالات المنطقية الثلاث الآتية:

١- دلالة المطابقة (أو الدلالة المطابقة).

٢- دلالة التضمن (أو الدلالة التضمنية).

٣- دلالة الالتزام (أو الدلالة الالتزامية).

كما يتضح من التفصيل الآتي.

أولاً- الدلالة المطابقة:

وهي دلالة لفظ النص على تمام المعنى الموضوع له لغة أو شرعاً أو قانوناً أو عرفاً، فإذا كان للنص منطوق ومفهوم، فدلالته على كليهما معاً مطابقة (أي ان الدال مطابق للمدلول ليس زائداً ولا ناقصاً).

ثانياً-الدلالة التضمنية:

وهي دلالة لفظ النص على بعض من معناه الموضوع له^(١) ضمن المجموع. وتبجلى هاتان الدالتان (المطابقة والتضمنية) في المادة (٢٣٧) من قانون العقوبات المصري النافذ التي تنص على ان ((من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال، هي ومن يزني بها، يعاقب بالحبس بدلاً من العقوبات المقررة في المادتين (٢٣٢ و ٢٣٦)). فهذا النص يدل بمنطوقه على تخفيف عقوبة جريمة القتل من الاعدام، او السجن المؤبد، او الاشغال الشاقة المؤبدة، أو المؤقتة، أو السجن الى عقوبة الحبس (أي مدة لا تتجاوز خمس سنوات).

ويدل مفهومه - من باب أولى - على تخفيف عقوبة العاهة المستديمة اذا أصابها بهذه العاهة بدل القتل، وعلى تخفيف عقوبة الشروع اذا خاب الاثر بسبب لا يعود الى ارادته. وانما ذكرت هذه المادة للمصرية، لأن قانون العقوبات العراقي النافذ المادة (٤٠٩) جعل حالة العاهة المستديمة منطوقاً للنص فذكرها صراحة. لكن النص العراقي ايضاً يدل بمفهوم الموافقة على تخفيف عقوبة الشروع اذا فاجأ زوجته او احدى عارمه في حالة تلبسها بالزنا او وجدها في فراش واحد ويداً بقتلها وأوقف أو خاب الاثر لاسباب لا دخل لارادته فيها^(٢).

ففي هاتين المادتين المصرية والعراقية دلالة الاولى على مجموع المنطوق (تخفيف عقوبة القتل) والمفهوم (تخفيف عقوبة العاهة والشروع) ودلالة الثانية على مجموع المنطوق (عقوبة القتل والعاهة) والمفهوم (عقوبة الشروع) دلالة مطابقة.. ودلالة كل منهما على المنطوق فقط او المفهوم فقط ضمن المجموع دلالة تضمنية^(٣).

ومن الجدير بالذكر ان دلالة النص على مفهوم الموافقة دلالة لفظية وضعية قانونية لو شرعية، وليست دلالة اجتهادية عقلية قياسية، وذلك بناء على مبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على نص).

^(١) المعنى الموضوع له أنسب، لأن معنى الموضوع له يفهم منه وجود معناه الموضوع لغيره، وهو ما لا يقصده المتكلم.

^(٢) انظر المواد (٣٠، ٣١، ٣٢، ٤٠٥، ٤٠٦، ٤٠٩، ٤١٢) من قانون العقوبات العراقي النافذ رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

^(٣) كما في حالة كون الجريمة قتلاً فقط، او عاهة فقط، او شروعاً فقط، او قتلاً لأحدهما وعاهة لو شروعاً للآخر.

وقوله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّا نَعْلَمُونَ﴾ في بِطُونِهِمْ تِلْكَ وَتَصِفُونَ سَعِيًّا^(١). يدل منطوقه على تحريم اكل مال اليتيم ظلماً ومفهومه يدل على تحريم كل اتلاف يضر بماله، أي كان نوع هذا الاتلاف وطبيعته، ما لم يكن هناك مبرر لذلك. ودلالته على مجموع الاكل والاتلاف مطابقة، وعلى أحدهما فقط ضمن المجموع تضمينه.

ثالثاً- الدلالة الالتزامية:

وهي دلالة النص دلالة عقلية التزامية على حكم لازم لمنطوق النص أو مفهومه حيث ينتقل ذهن القاضي من العلم بالمنطوق أو المفهوم الى هذا الحكم اللازم تلقائياً. وكدلالة لفظ العقد على مجموع الإيجاب والقبول دلالة مطابقة، وعلى أحدهما فقط ضمن المجموع دلالة تضمينية، وعلى جميع الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد دلالة التزامية. وترجع بقية الدلالات الاربع (أي ما عدا المنطوق والمفهوم) للنصوص الى الدلالة الالتزامية العقلية كما يتبين من الايضاح الآتي:

١- دلالة مفهوم المخالفة:

إذا ذكر المشرع في النص قيداً معتباً في الحكم بحيث يدور معه وجوداً وعدمًا، فإذا تحقق هذا القيد، يطبق القاضي منطوق النص، أي ما يدل عليه النص دلالة مطابقة، إذا لم يكن له مفهوم الموافقة ودلالة التضمن حين وجود مفهوم الموافقة له. وإن تعلق القيد فان القاضي يطبق مفهوم المخالفة وهو الحكم الذي يدل عليه النص دلالة التزامية عقلية ويكون مخالفاً للحكم المنوط بالقيد. حيث ان علم القاضي بدوران الحكم مع القيد وجوداً وعدمًا يستلزم علمه بضرورة تطبيق الحكم للمخالف في حالة تعلق القيد.

فالمادة (١٢٩/١) من القانون المدني العراقي النافذ تنص على انه يجوز ان يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً تالياً للجهة (تدل منطوقها دلالة مطابقة على جواز كون محل الالتزام معدوماً حين انشاء العقد، اذا توفر القيدان المذكوران (امكان الحصول والتعيين التائي للجهة)، وتدل بمفهومها للمخالف دلالة التزامية عقلية على عدم جواز ذلك اذا تعلق احد القيدين او كلاهما.

^(١) سورة النساء / ١٠.

والمادة (٤٥٩) من المشروع للقانون المدني العراقي الجديد تدل بمنطوقها على ان ((كل من استعمل مال غيره بغير حق التزم بالتعويض))، وتدل بمفهومها المخالف على ان كل من استعمل مال غيره بحق لا يلتزم بالتعويض.

٢- دلالة الاشارة (لازم وملزوم):

وهي دلالة النص دلالة التزامية عقلية على حكم غير مقصود من النص اصالة، ولكنه لازم للحكم المدلول عليه لزوماً عقلياً، فالمادة (١/٣٧٨) من قانون العقوبات العراقي النافذ تدل بمنطوقها على انه ((لا يجوز تحريك دعوى الزنا ضد اي من الزوجين او اقضاء لأي إجراء فيها الا بناء على شكوى الزوج الاخر))، وتدل دلالة اشارة (دلالة التزامية عقلية) على ان جريمة أحد الزوجين اعتداء على حق خاص للزوج الاخر. وكذلك المادة (١/٣٧٩) تدل بمنطوقها على ان ((الزوج البهي، ان يمنع السيد في تنفيذ الحكم الصادر على زوجته))، وتدل ايضاً دلالة اشارة (دلالة التزامية عقلية) على نفس الحكم السابق (الجريمة اعتداء على حق خاص)، خلافاً لما أقرته الشريعة الاسلامية من ان جريمة الزنا من جرائم المحدود وهي تمثل الاعتداء على حق عام (حق المجتمع في اخلاقه وآدابه وقيمه)، وان لكل فرد من هذا المجتمع الحق في تحريك الدعوى اذا تكررت الجريمة أو وصلت حد الاستهتار بالاخلاق والقيم والدين. اما اذا كانت للمرأة الاولى فالشريعة الاسلامية تأمر السر للعفاف على سمعة العائلة. يقول الرسول الكريم ﷺ (من سر على أخيه سر الله عليه يوم القيامة). ثم ان عقوبة جريمة الزنا من عقوبات المحدود وهي لا تلبيح الصلح ولا العفو ولا التخفيف ولا التشديد ولا التبديل من أية سلطة فردية او جماعية.

٣- دلالة الاقتضاء:

وهي دلالة النص دلالة التزامية عقلية على وجوب اضافة قيد من قبل القاضي الى النص المعني بالتطبيق حتى يدل على قصد المشرع او المعنى الصحيح للنص. وهذه الاضافة التي يقتضيها النص يترك المشرع ذكرها صراحة اما لوضوحها وسهولة ادراكها او لعدم ادراك أهميتها حين اعداد المشروع والتصديق عليه.

فالمادة (٨٨٠) من المشروع للقانون المدني العراقي الجديد تدل بمنطوقها على ان ((للمركل في أي وقت أن يعزل وكيله او يقيد وكالته)) وتدل دلالة اقتضاء ((دلالة عقلية التزامية)) على ان تطبيقها بصورة صحيحة عادلة تتطلب اضافة قيد ((الا اذا تعلق بالوكالة حق للفرد لو كانت قد صدرت لصالح الوكيل)). لانه في حالة تعلق حق الغير

بالوكالة او صدورها لصالح الوكيل لا يجوز للموكل ان يعزل الوكيل بآرادته المنفردة ولا ان يقيد الوكالة، بل تبقى وكالته قائمة على الرض من عزل الوكيل.

وعلى سبيل المثال: اذا اشترطت الزوجة على الزوج حين الزواج أن يوكلها في أن تطلق نفسها اذا تزوج عليها بزوجة أخرى، ثم وكلها وفاءً لهذا الالتزام بموجب المادة (٣/٦) من قانون الاحوال الشخصية النافذ^(١) فلا يحق للزوج ان يعزلها عن هذه الوكالة، لانها صدرت لصالحها، وهذا ما اقره فقهاء للملكية^(٢).

وهناك تطبيقات كثيرة في القضايا المدنية بهذا المحصور منها ما اذا وكل الشركاء في الشروع شريكاً منهم في ادارة المال الشائع، فهذه الوكالة ليست في صالح الموكلين فحسب، بل هي ايضاً في صالح الوكيل، وكذلك اذا وكل للمؤمن له شركة التأمين في الدعوى التي ترفع منه او عليه بسبب الخطر المؤمن به، فان الوكالة تكون في هذا الفرض لصالح الوكيل وهو شركة التأمين. والوكالة لصالح الغير كأن يوكل شخص شخصاً آخر في بيع دار له وفي قبض الثمن ووفاء دين في ذمته للغير من هذا الثمن، فهذه الوكالة في صالح الغير وهو الدائن.

وقد ذكرت اكثر القوانين المدنية هذا القيد صراحة منها القانون المدني المصري النافذ المادة (٢/٧١٥) التي تنص على انه: ((اذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل او لصالح اجنبي، فلا يجوز للموكل ان ينهي الوكالة او يقيد بها دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه))^(٣).

٤- دلالة الایاء:

وهي دلالة النص التزامية عقلية على حكمة تشريع الحكم المنصوص عليه. فهذه الدلالة تساعد القاضي على تطبيق النص بما يحقق العدالة التامة. فالمادة (٤٠٦) من قانون العقوبات العراقي النافذ تدل بمنطوقها على ان عقوبة جريمة القتل المقتنة بظرف من الظروف المشددة الواردة فيها هي الاعدام، وتدل دلالة ايماء على ان الحكمة من تشريع هذه العقوبة القاسية هي خطورة المجرم على المجتمع التي كشفت عنها جريمته.

(١) المادة ٢/٦ (الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الايفاء بها.

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٤٠٦/٢ وما بعدها. شرح الخراساني ٦٩/٤ وما بعدها.

(٣) انظر السنهوري، الوسيط ٦٦٧/٧.

وبعد هذا العرض الموجز لدلالات النصوص وطبيعتها يتبين لنا خطأ المادة الاولى من القانون المدني العراقي النافذ، والمادة الاولى من المشروع للقانون المدني الجديد، والمادة الاولى في اكثر قوانين البلاد العربية، منها القانون المدني المصري... حيث تنص المادة الاولى من هذه القوانين على انه ((تسرى النصوص التشريعية بلفظها او بفحواها على جميع العلاقات التي تتناولها)).

وجه الخطأ:

١- ان النصوص لا تسرى على العلاقات بالفاظها لان الالفاظ قوالب مجردة وانما بمنطوقها ومفهومها.

٢- تمجيد (بفحواها) لا يشمل الا صورة واحدة من دلالات النصوص وهي ان تكون علّة الحكم في المسكوت عنه اقوى منها في المنطوق به. كما في قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُنَّ أَفْ﴾. يدل بمنطوقه على حرّيم تأليف الوالدين لما فيه من الايذاء. كما يدل - من باب أولى - على حرّيم الضرب والشتم... وغيرهما مما يكون فيه الايذاء اقوى واشد من ايذاء التأليف. فهذه الحالة هي صورة من صور مفهوم الموافقة. وبناء على ذلك لا تسرى النصوص المدنية على العلاقات التي تتناولها الا في هذا النطاق الضيق، وهذا خطأ تشريعي، ولذا عرضت على السادة أعضاء لجنة اعداد المشروع للقانون المدني الجديد حين المناقشة تعديل المادة الاولى بما يلي: ((تسرى النصوص التشريعية بمنطوقها او بمفهومها على جميع العلاقات التي تتناولها)).

وارجو ان ينال عرضي واقتاحي القبول.



الفصل الثاني المنطق وتفسير المصطلحات القانونية

قسم علماء المنطق ادراك الانسان للامور الى التصورات والتصديقات، ثم قسموا كلا منهما الى البديهيات والنظريات (المكتسبات) فقالوا: الصورة الحاصلة من الشيء عند عقل الانسان ان كانت ادراكاً للنسبة التامة المجرمة على سهيل الاذهان فتصديق، والا فتصور. والنظر عبارة عن كسب المجهول من المعلوم. والتصور للمعلوم الذي يكتب به الانسان تصوراً مجهولاً يسمى تعريفاً (قولاً شارحاً)، وعناصره هي الكليات الخمس المألوفة إما بدهية او اكتساباً^(١). والتصديق للمعلوم الذي يوصل عقل الانسان الى تصديق مجهول يسمى دليلاً، وعناصره هي القطايات من المقدمات المألوفة لدى المستدل.

وقالوا: قد يقع الخطأ في كل من الاكتسابين التصوري والتصديقي، فيجب ان يكون هناك قانون يعصم ذهن المفكر عن هذا الخطأ وهو المنطق وموضوعه: للمعلومات التصورية والتصديقية.

وغايتة: عصمة الانسان عن الخطأ في التفكير حين تعريف وتفسير المصطلحات، والاستدلال على نتائج نظرية فهو بديهية. فهناك مبادئ تصورية (الكليات الخمس) ومقاصد تصورية (التعريفات) ولغرض لكل من هذه المبادئ والمقاصد مبحثين.



(١) الكليني، الجرحان ص ١١ وما بعدها.

المبحث الاول

المبادئ التصورية

للمبادئ التصورية هي الكليات الخمس: ((الجنس، والنوع، والفصل، والفرع الخاص، والفرع العام)).

١- الجنس:

وهو صفة تمثل جزءاً من حقيقة الشيء المحكوم عليه، توجد فيه وفي غيره ويعرف بأنه كلي يصل على انواع مختلفة في حقائقها. مثل (جريمة) فهي جنس تندرج تحته انواع الجرائم (جرائم الاهتداء على الاشخاص، والاهتداء على الاموال، والاعتداء على الاعراض، والجرائم السياسية والاقتصادية وغيرها...).

ويعمل هذا الجنس على كل نوع من هذه الانواع فيقال القتل جريمة، والسرقه جريمة، وهتك العرض جريمة، والتهريب جريمة...

٢- النوع:

وهو كلي يعمل على اصناف تندرج تحته وهي متلفة في حقائقها ولكنها مختلفة في صفاتها وميزاتها ومشخصاتها، مثل (قتل) فهو نوع من انواع الجرائم تندرج تحته جميع اصناف القتل: (القتل عمداً عدواناً، والقتل خطأ، والقتل دفاعاً عن النفس... وغير ذلك) فهذه الاصناف لها حقيقة واحدة وهي اذهاق الروح، ولكن لكل صنف صفاته وميزاته وخصائصه تحول دون توحيد العقوبة، ولا يجوز الحكم على الكل بحكم واحد.

وكذلك المخطط نوع من جنس الجيوب وتندرج تحته اصناف المخطط، والتمر نوع من جنس الشر تندرج تحته اصناف الشر وهي تختلف في صفاتها وميزاتها وخصائصها وان كانت متلفة في حقيقة واحدة.

وبناء على هذا الفرق الواضح بين كل من الجنس والنوع والصنف تعتبر المادة (١١٧) من المشروع للقانون المدني الجديد مادة غير سليمة وغير منطقية، لانها خلطت بين النوع والصنف، حيث تنص على ان ((الاموال المثلية هي التي لا تُعين الا بنوعها ويقوم بعضها مقام بعض))، وهذا خطأ، فالصواب ان تكون صياغة المادة كما يلي: ((الاموال المثلية هي التي لا تُعين الا بصنفها ويقوم مقام بعض)).

ومن البدهي ان هناك صنفاً من التمر لا يقل سعر الكيلو منه في الوقت الحاضر عن دينار واحد، كما ان هناك صنفاً آخر لا يزيد سعر الكيلو منه عن ربع دينار، فاذا كان محل التزام المدين هو الصنف الاول، فهل يحق له وفاء التزامه بالصنف الثاني؟ الجواب كلا، ما لم يكن هناك اتفاق مسبق على ذلك. مع ان هذه المادة تعطى له هذا الحق بحجة ان جميع الاصناف نوع واحد والنوع الواحد يقوم بعضه مقام بعض في الوفاء، وهذا مما لا تقبله العدالة والمساواة المطلوبة في الالتزامات المالية المتبادلة.

٣- الفصل:

وهو ذاتي من ذاتيات النوع وجزء من حقيقته، لان كل نوع من انواع الكائنات الموجودة يتكون من عنصرين (الجنس والفصل).

ووظيفة الفصل هي تمييز النوع من بقية الانواع التي تشترك معه في جنس واحد، فاذا قلنا: ((الانسان كائن حي ناطق بالطبع)) فالعنصر الاول (كائن حي)^(١) جنس يشمل الانسان وغيره من الحيوانات والعنصر الثاني (ناطق بالطبع) يميزه عن كل ما يشترك معه في هذا الجنس.

٤- العرض الخاص:

وهو صفة غير ذاتية وطير داخلية في حقيقة الشيء المحكوم عليه بهذه الصفة ولكنها تميزه عما لا يتصف بها كالفكر بالطبع بالنسبة الى الانسان، فصفة التفكير ليست جزءاً من حقيقة الانسان، ولكنها تميزه من كل كائن لا يشبث له هذا الوصف، عندما نقول الانسان كائن مفكر.

٥- العرض العام:

وهو صفة غير ذاتية في حقيقة الشئ المحكوم عليه بها، بل تتحقق في المراد والمراد غير، كوصف التنفس فهو عرض عام يتصف به الانسان وغيره من الكائنات الحية، ولكنه ليس جزءاً من حقائقها وذاتياتها.

(١) الكائنات تنقسم إلى حيّة وغير حيّة (جمادات)، والكائنات الحيّة تشمل الحيوانات والنباتات، والحيوانات تشمل الناطق بالطبع وهو الإنسان، وغير الناطق، والناطق بغير الطبع (أي بالترويض).

لهذه الكليات الخمس هي مبادئ تصورية ينتار منها عناصر تعريف كل شئ. والثلاثة الاولى من ذاتيات الاشياء والاخيمان من الاعراض والارصاف^(١) ولا يميز التعريف بهما الا اذا تعمص الحصول على الذاتيات من الثلاثة الاولى كما يأتي في المبحث القادم.

المبحث الثاني

مقاصد التصورات

مقاصد التصورات في علم المنطق هي التعريفات (المعلومات التصورية) التي يكتشف بها مجهولات تصورية. وللتعريف عناصر وشروط واتسام.

عناصر التعريف:

هي الكليات الخمس من الذاتيات فان لم توجد فمن العرضيات.

شروط التعريف:

يرى علماء المنطق ان تعريف كل شئ بمثابة معادلة رياضية متساوية الاطراف من حيث المصادقات احد الطرفين هو للمعروف والاخر هو التعريف، وان صحة هذه المعادلة دائماً تتوقف على توفر شرطين اساسين:

الشرط الاول: ان يتماهي طرفا للمعادلة من حيث للماصطق: بحيث كل ما يصدق عليه المعروف يصدق عليه التعريف وكذلك العكس حتى يكون التعريف جامعاً شاملاً لكل ما يدخل تحت مفهوم المعروف. ويكون كل ما لا يصدق عليه للمعرف لا يصدق عليه التعريف، وكذلك العكس حتى يكون التعريف مانعاً من الاغيار ومن الادخال في المعروف ما ليس بداخل في الحقيقة والواقع.

(١) الكلتينيوي: البرهان ص ٦٩ وما بعدها.

العلامة للتفتازاني/ تهذيب المنطق مع شرح الطيبيسي وحاشية الدسوقي ٨٩ وما بعدها.

العلامة زكريا الانصاري: شرح ايساغوجي في المنطق ص ٢٠ وما بعدها.

وبناء على هذا الشرط المنطقي للتعريفات يعتبر تعريف العقد في المشروع للقانون المدني الجديد تعريفاً غير منطقي، لانه ادخل في العقد ما ليس بعقد من الاسقاطات حيث عرفت المادة (٣١٣) منه العقد بأنه: ((اتفاق ارادتين او اكثر على احداث أثر يعتد به القانون)). فهذا التعريف يشمل الاسقاطات كالطلاق باتفاق الزوجين فانه يصدق عليه انه اتفاق ارادتين على احداث أثر يعتد به القانون. وكبراء الدائن ذمة المدين من الدين كله او بعضه بعد موافقة المدين، لانه ايضاً اتفاق ارادتين على احداث أثر يعتد به القانون. مع أنه تنازل عن الحق واسقاط.

لذا اقترح أن يأخذ المشروع بتعريف القانون المدني النافذ في المادة (٧٣) التي تعرف العقد بأنه ((ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)). واقترح أن يضاف إلى هذا التعريف هذا القيد: (والعاقد)، حتى يشمل الالتزامات ايضاً.

الشرط الثاني - ان يتكون التعريف من العناصر الذاتية للشئ. المعني بالتعريف كجنسه وفصله القريبين اذا امكن ذلك حتى يكون التعريف تعريفاً بما يبين حقيقة المهر وطبيعته وماهيته.

ولا يجوز تعريف الشئ بالآثار التي تترتب عليه وباحكامه، لان الانسان اذا لم يعرف حقيقة الشئ. وماهيته، فلا يستطيع ان يحكم عليه بشئ..

وبناء على هذا الشرط المنطقي يعتبر تعريف المشرع العراقي لكل من الطلاق الرجعي والطلاق البائن في قانون الاحوال الشخصية النافذ تعريفاً غير منطقي، لانه عرفهما باحكامهما، والقاضي اذا لم يعرف ما هو الطلاق الرجعي أو البائن، كيف يستطيع ان يحكم عليه بأي حكم؟

فالمادة (٢/٣٦) عرّفت الطلاق الرجعي بأنه ((ما جاز للزوج مراجعة زوجته اثناء عدتها منه دون عقد)) فهذا التعريف حكم من أحكام الطلاق الرجعي، فالقاضي اذا لم يعرف ما هو الطلاق الرجعي فكيف يستطيع أن يحكم بان للزوج الحق في مراجعة زوجته في عدتها من دون عقد جديد؟

ولذلك اترح تعديل هذه المادة كما يلي: ((الطلاق الرجعي هو كل طلاق بعد الدخول للمرة الاولى والثانية دون مقابل^(١))).

وكذلك عرف الطلاق البائن من أحكامه فقالت المادة السابقة: ((الطلاق البائن بينونة صغرى ما جاز فيه للزوج التزوج بمطلقة بعدد جديد)).

وهذا أيضاً تعريف غير منطقي لان القاضي لا يستطيع ان يحكم بهذا الحكم ما لم يطلع على حقيقته وطبيعة الطلاق البائن.

وبناء على ذلك اترح ان يكون التعريف كما يلي: ((الطلاق البائن هو كل طلاق قبل الدخول مطلقاً أو بعده وكان مقابل بدل أو مستكلاً للمرات الثلاث، وكل تفریق قضائي وفق هذا القانون)).

ومن الشروط الاخرى للتعريف ان لا يكون غامضاً، وان لا يكون بالمشال^(٢) وان لا يكون بالمرادف^(٣). وان لا يكون مجازياً^(٤) وان لا يكون سلبياً^(٥) وان لا يكون بالاضافة^(٦).

أنواع التعريف:

قسم علماء المنطق التعريف بحسب طبيعة عناصره الى أربعة أقسام وهي:

١-المحدد الثام: وهو تعريف الشيء بحسبه وفصله القريبين كتعريف الانسان بأنه كائن حي ناطق بالطبع.

٢-المحدد الناقص: وهو التعريف بالفصل القريب فقط او به مع الجنس البعيد كتعريف الانسان بأنه ناطق بالطبع او بأنه جسم ناطق بالطبع.

٣-الرسم الثام: وهو التعريف بالاعراض الخاصة مع الجنس القريب كتعريف الانسان بأنه كائن حي متفكر.

(١) بشرط ان لا يكون هذا الطلاق تفریقاً قضائياً لان المادة (٤٥) من قانون الاحوال الشخصية تعتبر كل تفریق قضائي طلاقاً بائناً بينونة صغرى.

(٢) كتعريف ابن مالك للفاعل بالمثال في اللغته بقوله:

الفاعل الذي كمر فوعي اتى زيد منيراً وجهه نعم الفتى

(٣) كتعريف الاسد بالفضنفر.

(٤) كتعريف الجمل بأنه سفينة الصمراء.

(٥) كتعريف الجمل بعدم العلم، او تعريف العلم بعدم الجهل.

(٦) كتعريف اللوالد بأنه من يكون له الولد.

٤- **الرسم الناقص:** وهو التعريف بالعوارض والصفات الخاصة كتعريف الانسان بانه مدخن. وهذا التقسيم هو التسلسل الطبيعي من حيث الاختيار فيكون التعريف بالحد التام فان لم يكن بالحد الناقص فان لم يتيسر بالرسم التام والا بالرسم الناقص^(١).

^(١) الكليني المرجع السابق، ص ١١٤ وما بعدها.

التفتازاني المرجع السابق، ص ١١٠ وما بعدها.

الرازي قطب الدين الرازي: تحرير القواعد المنطقية، ص ٦٣ وما بعدها.

الانصاري المرجع السابق، ص ٧٢ وما بعدها.



الفصل الثالث

المنطق وتقسيم الموضوعات القانونية

تقسيم لأي موضوع إما أن يكون عقلياً أو يكون
استقرائياً. فالعقلي هو الدائر بين النفي والاثبات
أما الاستقرائي فهو مبني على الدراسة الميدانية.

التقسيم العقلي :

والتقسيم العقلي هو المختار لتقسيم كل موضوع يعني
بالدراسة سواء أكان قانونياً أم لا لضمان عدم التداخل بين
الأقسام والتجنب عن التكرار والحشو، ولسلامة استعادي كل
ما هو مشمول بالتقسيم في الأقسام.

ومن نماذج التقسيم العقلي تقسيم النحويين ((الكلمة)) كما
يلي:

الكلمة أما أن تدل على معنى مستقل بذاته أولاً والثانية هي
الحرف، والاولى أما أن يقتن المعنى بأحد الأزمدة الثلاثة
(الماضي، والحاضر، والمستقبل) أولاً والثانية هي الاسم والاولى
هي الفعل.

ويمكن تقسيم الجريمة الى الجنابة والجنحة والمخالفة تقيماً عقلياً
كما يلي: كل جريمة أما أن لا يقل عقابها عن السجن أو يقل
والاولى هي الجنابة والثانية أما أن يزيد عقابها عن ثلاثة أشهر
أو عن غرامة تزيد عن ثلاثين ديناراً أولاً والثانية هي المخالفة،
والاولى هي الجنحة.



ومن البديهيات المنطقية المرعية في كل تقسيم ما يلي:

١-المقسم أعم مطلقاً من كل قسم من أقسامه. فالجريمة أعم مطلقاً من كل من الجناية والجنحة والمخالفة.

٢-كل قسم من الأقسام أخص مطلقاً من المقسم، فكل جناية جريمة ولكن ليست كل جريمة جناية، وكذلك كل جنحة أو مخالفة جريمة ولكن العكس الكلي غير صحيح فلا يقال كل جريمة جنحة أو مخالفة، وكذلك الكل أكبر من جميع الأجزاء.

٣-كل قسم مباين للمقسم الآخر فلا يجتمع معه ولا يتداخلان فلا تشمل كل من الجناية، والجنحة، والمخالفة على كل ما تشمله الأخرى بناء على قاعدة أن القسم مباين للمقسم.

٤-مجموع الأقسام يساوي المقسم، والمقسم يساوي مجموع الأقسام، واكل يساوي مجموع الأجزاء.

فعلى كل باحث قانوني وغير قانوني رعاية هذه القواعد الأربع في تقسيم كل موضوع يعني بدراسته.

فالتكرار والحشو والزيادة والتداخل والنواقص والعيوب الأخرى التي قد لا تغلر عنها أكثر البحوث القانونية وغير القانونية وبصورة خاصة رسائل الدراسات العليا كل ذلك مردها إلى عدم رعاية القواعد الأربع المنطقية في التقسيم. وهذه العيوب لم تقتصر على البحوث وإنما شملت التشريعات القانونية أيضاً. ومن التقسيم التشريعي المعيب في التشريعات العراقية تقسيم المشرع العراقي أسباب التفريق القضائي إلى الضرر وغيره من الأسباب الأخرى وبصورة خاصة مقابلة الضرر في المادة (٤٠) بالخلاف في المادة (٤١) مع أن الخلاف في الفقه الإسلامي وفي كل قانون من القوانين العربية وغير العربية لا يعتبر سبباً للتفريق ما لم يكن ضرراً لا يستطيع مع وجوده استمرار الحياة الزوجية كما أكدت ذلك المادة (٦) من قانون الأحوال الشخصية المصري، والمادة (١٣٢) من قانون الأحوال الشخصية الأردنية، والمادة (١١٢) من قانون الأحوال الشخصية السوري^(١) وغيرها من القوانين الأخرى

(١) المصري (٦م): (إذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها طلاقاً بائنًة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح....).

وذلك لان الخلاف قسم من الضرر وصورة من صورته وتطبيق من تطبيقاته فالصنيع العراقي من قبيل تقسيم الشيء الى نفسه وإلى غيره وهذا ما يرفضه المنطق.

وبالإضافة الى ذلك فان كل سبب من اسباب التفريق إنما يستند اليه القاضي على اساس انه ضرر وقسم من الضرر وان أي سبب يتمسك به أحد الزوجين يرفض من قبل القاضي ما لم يثبت انه الضرر. وان جميع الاسباب التي اقراها فقهاء المسلمين كمبررات للتفريق بين الزوجين كلها تستند الى مصدرين وهما القرآن الكريم في قوله تعالى: ((ولا تمسكوهن ضرارا))^(١) وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: ((لا ضرر ولا ضرار)). فالاسباب الواردة في المواد (٤٠، ٤١، ٤٣) من قانون الاحوال الشخصية العراقي كلها أقسام للضرر. ولتلافي هذه التقسيمات غير المنطقية ولتجنب التداخل بين اسباب التفريق القضائي ندعو المشرع في العراق وفي البلاد الاسلامية العربية وغير العربية الى حشر جميع اسباب التفريق القضائي تحت عنوان واحد وهو:

((التفريق للضرر))

ثم يقسم الضرر الى الارادي وهو ما يكون لارادة أحد الزوجين دخل فيه واللا ارادي وهو ما لا دخل لارادة الزوجين فيه كموانع التناسلية من الواجبات الزوجية وكالامراض المعدية.

ثم تقسيم كل منهما الى المادي والمعنوي، ثم تقسيم كل من المادي والمعنوي الى الايجابي (أي الحاصل بفعل إيجابي كضرب الزوجة)، والسلبي (الناتج من فعل سلبي كالامتناع عن الانفاق او المعاشرة الزوجية) على ان يذكر مع كل قسم من هذه الاقسام بعض الامثلة لزيادة الايضاح وكنماذج يقاس عليها غيرها ثم يعطى المشرع للقاضي السلطة التقديرية لتقدير حجم الضرر المبرر للتفريق مستعيناً بالحكمين وبالباحثات الاجتماعيات وبغيرته وبالتقارير من اللجان الطبية المختصة. واذا لم يتبع المشرع في البلاد العربية والاسلامية هذا الاسلوب المنطقي في تقسيم الضرر الى الاقسام المذكورة فانه سوف يضطر ان يقدم كل سنة

الاردني (١٣٢م): (إذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين فلكل منهما ان يطلب التفريق اذا ادعى اضرار الاخر به قولاً او فعلاً بحيث لا يمكن مع هذا الاضرار استمرار الحياة الزوجية).

السوري (١١٢م): (إذا ادعى أحد الزوجين اضرار الاخر به بما لا يستطاع مع دوام المعشرة يجوز ان يطلب من القاضي التفريق).

^(١) سورة البقرة/ ٢٣١.

قائمة من اسباب التفريق وذلك نتيجة تطور الحياة ومستجداتها واعتبار ما لم يكن ضرراً في ظرف ضرراً في ظرف اخر.

ثم ان التكتف من اسباب التفريق القضائي سرف يكون له النتائج السلبية على استقرار العائلة وبالتالي على المجتمع.

التقسيم الاستقرائي؛

على الرغم من فائدته في بعض المجالات فانه لا يمكن الاعتماد عليه في وضع معيار دقيق للتمييز بين الاقسام وعدم التداخل بينها وعلى سبيل المثل تقسيم بعض المعنيين تحت بهذا الصدد ولكن ثبت عدم دقة هذا التقسيم لارجه متعددة منها:

أ- اسباب الاجرام متعددة ومتنوعة ومتطورة ومتداخلة بعضها مع بعض.
ب- هنالك اسباب كثيرة غير خاضعة لاحصاء دقيق يمكن اعتبارها نظرياً ذات صلة بالجرمة.

ج- عدم امكان وضع معيار دقيق لتمييز ما هو سبب مباشر مما هو غير مباشر.



الفصل الرابع

المنطق والخلط بين بعض المصطلحات القانونية

من يتتبع بعض شروح القانون يجد ان هناك خلطاً بين
للمصطلحات القانونية سواء أكان من حيث التسمية، أم من
حيث التفسير، أم من حيث الاستعمال، أم من حيث الاستنتاج...
ومصدر هذا الخلط هو عدم اللام هؤلا. القانونيين بقواعد علم
المنطق ونستعرض فيما يلي نماذج من هذا الخلط:

التناقض والتعارض:

شراح القانون قد يستعملون التناقض في محل التعارض
فكأنهما مصطلحان مترادفان يثق لكل منهما ان يدل على الاخر
مع ان قواعد علم المنطق تقضي باختلافهما من حيث الحقيقة،
ومن حيث الشروط، ومن حيث الحكم.



أولاً- من حيث الحقيقة:^(١)

أ- **التناقض**: هو اختلاف قضيتين بالايجاب والسلب بحيث تستلزم صحة احدهما بطلان الاخرى، وكذلك يلزم من بطلان احدهما صحة الاخرى لانهما لا يجتمعان معاً في مسألة واحدة بأي حال من الاحوال، كما انهما لا ترتفعان معاً فلا يبد من وجود احدهما عدم وجود الاخرى.

ب- **التعارض**: هو اختلاف نصين (او حكمن) او دليلين... اختلافاً لا يلزم من صحة احدهما بطلان الاخر، وكذلك لا يلزم من بطلان احدهما صحة الاخر وذلك لامكان اجتماعهما معاً في مسألة واحدة وجواز ارتفاعهما معاً في قضية واحدة كما التعارض الشكلي الموجود بين بعض النصوص فيجوز للقاضي ان يهمل كلا من النصين (او الدليلين) ويعمل بثالث كما يحق للمشرع أن يلغي المتعارضين معاً ويأتي بحكم لو نص او دليل ثالث يختلف مع كل منهما لانه لا ترتب اية استحالة منطقية لا على اجتماعهما ولا على ارتفاعهما بخلاف التناقض فان هذه الاستحالة ولادة هناك.

ثانياً- من حيث الشروط:

يختلف التناقض مع التعارض في الشروط المطلوبة لقيام كل منهما:

أ- **شروط التناقض**:^(٢) يشترط لقيام التناقض توفر الشروط الثمانية التالية:

١- **الاتحاد في الموضوع**:^(٣) تصرفات القاصر المميز باطلّة. تصرفات القاصر المميز

صحيحة. فلا تناقض بين هاتين القاعدتين لاختلاف موضوعهما لان المقصود من التصرفات في القضية الاولى هي الضارة ضراراً محضاً. في حين ان المقصود بها في الثانية هي النافعة نفعاً محضاً.

(١) الكلتنوي: الجرحان، ص ٣٦٠ وما بعدها.

(٢) الجرحان المرجع السابق، ص ٢٦١.

(٣) الموضوع في علم المنطق يعادل المحكوم عليه في القانون، والمسدد اليه في النحو.

٢-الاتحاد في المصموم:^(١) مساعدة المحتاج واجبة. مساعدة المحتاج ليست واجبة فلا تناقض بين هاتين القاعدتين لاختلاف عمولهما لان المقصود من الواجب في الاولى الواجب الاخلاقي والديني. وفي الثانية الواجب القانوني.

٣-الاتحاد في الشروط: الزوجة المطلقة تهب عليها العدة. الزوجة المطلقة لا تهب عليها العدة. فلا تناقض بين هاتين القاعدتين لاختلاف الشرط لان العدة واجبة بشرط الدخول، ولا تهب اذا كان الطلاق قبل الدخول^(٢).

٤-الاتحاد في الزمان: يحق للمحكوم عليه ان يطعن في الحكم. لا يحق للمحكوم عليه ان يطعن في الحكم، فلا تناقض بين هاتين القاعدتين لان الاولى مبنية على ان يكون الطعن خلال الفترة الزمنية المحددة بالقانون والثانية مبنية على ان يكون الطعن خارج هذه الفترة.

٥-الاتحاد في المكان: يسرى القانون العراقي على شكل العقد.

لا يسرى القانون العراقي على شكل العقد. لا تناقض بين هاتين القاعدتين لاختلاف المكان لان المقصود من الاولى شكل العقد المتعلق بالاموال الموجودة في العراق. والمقصود من الثانية شكل العقد المتعلق بالاموال الموجودة خارج العراق^(٣).

٦-الاتحاد في الفعل والامكان: الجنين يتمتع بالشخصية. الجنين لا يتمتع بالشخصية. فلا تناقض بين هاتين القاعدتين لان الاولى مبنية على اساس الامكان. فعلى هذا الاساس تكون للجنين اهلية الوجوب الناقصة له بعض الحقوق كالميراث، والوصية، والوقف والهبة. اما القاعدة الثانية فهي مبنية على اعتبار الشخصية الفعلية، وهذه الشخصية تبدأ بتمام ولادة الانسان حياً وتنتهي بموته^(٤).

٧-الاتحاد في الكل والبعض: فاذا قلنا: المتهمون مجرمون (اي بعضهم). المتهمون ليسوا مجرمين (اي كلهم) فلا تناقض بين هاتين القضيتين مادامتا غير متحدثتين في الكل والبعض.

(١) يقصد بالمصموم في علم المنطق ما يعادل المحكوم به في القانون، والمساعد في النحو.

(٢) كما يقول سبحانه وتعالى: (اذا نكمت المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) سورة الاحزاب/ ٤٩.

(٣) المادة (٣٣) من المشروع للقانون المدني الجديد العراقي.

(٤) المادة (١/٣٩) من مشروع القانون المدني الجديد.

٨-الاتحاد في الاضالة: تسري احكام قانون العقوبات العراقي على الجرائم التي ترتكب في العراق. لا تسري احكام قانون العقوبات العراقي على الجرائم التي ترتكب في العراق.

لا تناقض بين هاتين القاعدتين القانونيتين لان الاولى تعني الجرائم المضافة الى العراقيين والاجانب الذين لا يتمتعون بالحصانة^(١) والثانية تعني الجرائم المضافة الى الاشخاص للمتضمنين حصانة مقررمة بمقتضى الاتفاقيات الدولية، او القانون الدولي، او القانون الداخلي^(٢).

ب-شروط التعارض: يشترط في التعارض توفر شرطين:

- ١- أن يكون كل من الدليلين المتعارضين ظنيين. فلا تعارض بين قطعيين للاستحالة المنطقية. وكذلك لا تعارض بين دليل قطعي واخر ظني لعدم تكافؤ الدليلين.
- ٢- ان يكون التعارض في ظن القاضي والمجتهد بالنسبة للنصوص الشرعية لانه لا يمكن ان يوجد التعارض في الواقع ونفس الامر في كلام الله وكلام رسوله صلى الله عليه وسلم لعدم تصور الخطأ. اما بالنسبة للنصوص القانونية فقد يكون التعارض موجوداً في الواقع كما هو قائم في ذهن القاضي لتصوير الخطأ والنسيان للمشرع الوضعي.

ثالثاً- من حيث الحكم:

أ-حكم التناقض: هو ان صحة احدى القاعدتين المتناقضتين تستلزم بطلان الاخرى لاستحالة اجتماعهما معا في الصحة. وان احدهما تستلزم صحة الاخرى لاستحالة ارتفاعهما معاً بالبطلان.

ب-حكم التعارض: في حالة قيام التعارض يلجأ القاضي لرفع احدى المخطوات الثلاث التالية على سبيل التعاقب:

الخطوة الاولى: أن يجتهد القاضي للجمع والتوفيق بين المتعارضين بحيث يثبت عدم قيام هذا التعارض في الواقع والحقيقة. وعلى سبيل المثال: يشترط قانون الاحوال الشخصية

^(١) المادة (١) من قانون العقوبات العراقي النافذ رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

^(٢) المادة (١١) من قانون العقوبات العراقي النافذ.

العراقي النافذ في تمام اهلية الزواج العقل واكمال الثامنة عشرة من العمر هذا كقاعدة اصلية في المادة السابعة^(١).

واستثناء من هذا الاصل يشترط كحد ادنى اكمال الخامسة عشرة من العمر لمن طلب الزواج وثبتت اهليته وقابليته البدنية على ان يتم الزواج باذن القاضي وموافقة الولي الشرعي لمن قدم الطلب، كما جاء في المادة الثامنة^(٢).

وتعارض هاتان المادتان مع الاطلاق الوارد في المادة (٣٩٨) من قانون العقوبات العراقي في فصل جرائم الاغتصاب والواط وهتك العرض حيث تنص على أنه: ((اذا عقد زواج صحيح بين مرتكب احدى الجرائم الواردة في هذا الفصل وبين المجنى عليه ارقب تحريك الدعوى والتحقيق فيها والاجراءات لاخرى. واذا كان قد صدر الحكم في الدعوى ارقب تنفيذ الحكم^(٣))).

واطلاق هذا النص يعني صحة الزواج بين المجاني والمجنى عليها وان كانت سن المعتدى عليها اقل من خمس عشرة سنة. وهذا ما تعارض مع منطوق المادتين السابعة والثامنة من قانون الاحوال الشخصية النافذ.

ولكن القاضي اذا اجتهد ورجع الى قاعدة النصوص القانونية لغمر بعضها ببعض وقارن بين هاتين المادتين وبين المادة السادسة قبلهما تبين له ان المقصود من الشرط الوارد في هاتين المادتين هو شرط اللزوم دون شرط الانقياد والصحة لان المادة السادسة التي تكلفت ببيان شروط الانقياد والصحة لم يرد فيها هذا الشرط^(٤) وبهذا

^(١) نص المادة السابعة: (يشترط في تمام اهلية العقل واكمال الثامنة عشرة).

^(٢) نص المادة الثامنة: (اذا طلب من اكمال الخامسة عشرة من العمر الزواج للمقاضي ان يأذن به اذا ثبت له اهليته وقابليته البدنية، بعد موافقة وليه الشرعي. فاذا امتنع الولي طلب القاضي موافقته خلال مدة يحددها له. فان لم يعترض او كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار اذن القاضي بالزواج).

^(٣) بشرط ان لا ينتهي الزواج بطلاق صادر من الزوج بغير سبب شرعي او بطلان حكمت به المحكمة لاسباب متعلقة بخطأ الزوج وسوء تصرفه، وذلك قبل انقضاء ثلاث سنوات على وقف الاجراءات (٣٩٨م).

^(٤) نص المادة السادسة: (١- لا ينقذ عقد الزواج اذا فقد شرطاً من شروط الانقياد او الصحة المبينة فيما يلي:-

أ- اتحاد مجلس الايجاب والقبول.

يكون التعارض ظاهرياً وليس واقعياً وبالتالي لا يعتبر المشرع العراقي خارجاً عما هو مقرر لدى جمهور فقهاء المسلمين من ان البلوغ شرط للزوم فيحق لمن بلغ اما الاستمرار على الزواج او فسخه. وليس ذلك شرطاً للصحة ولا للاعتقاد.

الخطوة الثانية: محاولة القاضي لتجميع احد الدليلين المتعارضين على الاخر بمرجع ان لم يستطع ان يجمع بينهما.

ومن البديهي ان القاضي يرجع القانون على التعليمات اذا حصل التعارض منهما كما يقدم الدستور على القانون حين عدم دستورية النص.

الخطوة الثالثة: الرجوع الى تاريخ تشريع النصين المتعارضين اذا لم يستطع ان يجمع بينهما، ولم يجد مرجعاً لتجميع أحدهما على الآخر في العمل به. فعندئذ يعتبر النص السابق في التاريخ ملغياً بالنص اللاحق وفق ما هو مقرر في القواعد الشرعية والقانونية^(١) والمنطقية.

المصادرة على المطلوب:

من للمصطلحات التي وقع الخلط فيها من قبل شراح القانون هذا المصطلح حيث يرى القانونيون من ليس لهم الملم بالمنطق ان المصادرة على المطلوب تعني الاستحالة المنطقية سواء أكانت في الامور الحقيقية أم في الامور الاعتبارية. علماً بأن المصادرة على المطلوب لا تعني الاستحالة المنطقية ما لم تكن في الامور الواقعية والحقيقية الموجودة خارج ذهن الانسان.

فاذا قلنا (أ) من الاشياء في وجوده الخارجي يتوقف على (ب) من الاشياء كذلك ويتوقف (ب) على (أ) تلزم منه المصادرة على المطلوب (الاستحالة المنطقية) لان توقف

ب- سماع كل من العاقدين كلام الآخر واستيعابها بأنه المقصود منه عقد الزواج.

ج- موافقة القبول للايجاب.

د- شهادة شاهدين متمتعين بالاعلية القانونية على عقد الزواج.

هـ- ان يكون العقد غير معلق على شرط او حادثة غير محققة.

^(١) المادة (٥) من المشروع القانون المدني الجديد تنص على انه: (لا يلغى القانون الا بقانون لاحق ينص على إلغاءه، او يتضمن قواعد تتعارض مع قواعد القانون السابق، او ينظم موضوعاً من جديد سبق ان نظمته ذلك القانون).

الشيء على ما يتوقف عليه يستلزم توقف الشيء على نفسه، وتوقف الشيء على نفسه يستلزم تقدمه على نفسه وهذا باطل وكل مستلزم للباطل باطل بالبداهة المنطقية.

أما المصادرة على المطلوب في القضايا الذهنية والأمور الاعتبارية فإنها لا تعني الاستحالة المنطقية. وعلى سبيل المثال: حين انتقد الفقيه الفرنسي ((بلايول)) النظرية التقليدية للسبب قال: أنها تستلزم المصادرة على المطلوب والاستحالة المنطقية. وذلك لأن التزام البائع - وفق هذه النظرية - بتسليم المبيع سبب لالتزام المشتري بتسليم الثمن وكذلك العكس، وهذا يعتبر مصادرة على المطلوب والاستحالة المنطقية، حيث لا يمكن أن يكون أحدهما سبباً للآخر إذا أن الاثر والمؤثر أو السبب والنتيجة لا يمكن أن يكونا متعاصرين. ثم جاء الفقيه الفرنسي الآخر ((كايتان)) دافع عن النظرية التقليدية وعارض قيام الاستحالة المنطقية فقال أنها لا تقوم إذا قلنا أن سبب التزام كل من المتعاقدين هو تنفيذ الالتزام المقابل لا وجوده فعليه لا يلزم أن يكون شيء واحد سبباً ومسبباً في وقت واحد^(١). وإذا رجعنا إلى القواعد المنطقية يتبين لنا أن هذه المناقشات بين هذين الفقيهين من فقهاء القانون الفرنسيين لا مبرر لها وذلك لأن المصادرة على المطلوب في هذه القضية لا تعني الاستحالة المنطقية لأن هذه الالتزامات المتقابلة بين المتعاقدين وتوقف بعضها على بعض اعتبارات ذهنية ومن خلق الفكر القانوني ولا وجود لهذا التوقف خارج ذهن فقهاء القانون، والاستحالة المنطقية تتصور بالنسبة للأمور الواقعية الخارجية الحقيقية الموجودة خارج ذهن الإنسان.

ثم إذا سلمنا جدياً أن الاستحالة موجودة فإن إضافة ما قاله كاييتان لا تحل المشكلة لأن المصادرة على المطلوب قائمة ايضاً حيث أن تنفيذ كل يتوقف على تنفيذ الآخر. ولو كان لهذين الفقيهين الكبيرين المام بعلم المنطق لما وقعا في هذا الجدل والنقاش السفسطي.

الخلط بين العام والخاص المطلق وبين العام والخاص من وجه:

قسم علماء المنطق النسب بين الأمور إلى أربع وهي:

- ١- للمساواة: تتحقق المساواة الكاملة بين شيئين إذا كان كل منهما يصدق على كل ما يصدق عليه الآخر بأن يقال كل مجرم جان وكل جان مجرم.

^(١) استأنا الدكتور عبدالمجيد الحكيم / شرح القانون المدني العراقي النافذ للكتاب الأول نظرية الالتزام - الجزء الأول، ص ٢٠٥-٢٠٦.

٢- التباين: يقوم التباين التام بين شيئين اذا لم يصدق اي منهما على شيء ما يصدق عليه الاخر كان يقال: كل مجرم ليس بريئاً وكل بريء ليس مجرمًا في قضية واحدة.

٣- العموم والخصوص للمطلق: فالخاص المطلق يصدق على كل ما يصدق عليه العام المطلق دون العكس أي لا يصدق العام المطلق صدقاً كلياً على كل ما يصدق عليه الخاص. يقال: كل قاتل عمداً مجرم ولكن لا يقال كل مجرم قاتل عمداً عمداً لصدق الجرم على الجاسوس والسارق وغيرهما.

٤- العموم والخصوص من وجه: ويكون بين شيئين يمتنعان معاً في بعض صور، ويفترقان في صور اخرى بان يكون كل منهما عاماً من وجه وخاصاً من وجه اخر كالجبري والمتهم، فهما يمتنعان في متهم تثبت برأته. ويتحقق الجبري بدون المتهم في شخص لم يتهم امام القضاء طيلة حياته بأية تهمة. ويتحقق للمتهم بدون الجبري ليمين تثبت ادانته.

وبعد هذا العرض الموجز للنسب الاربع بين الامور والقضايا اشير الى نموذج من الخلط بين العام والخاص للمطلق وبين العام والخاص من وجه في شرح قانون المدني العراقي لاحد اساتذتي. يقول هذا الاستاذ الفاضل في مقدمة كتابه^(١) وهو بصدد بيان النسبة بين المال والملك: ((الملك عرفته المادة)) (١٢٥) من المجلة بقولها: للملك ما ملكه الانسان من اعيان ومنافع، اما المال فقد عرفته المادة (١٢٦) من المجلة بقولها: ((المال ما يميل اليه طبع الانسان ويمكن ادخاره الى وقت الحاجة)). ثم يستخرج من هاتين المادتين ان النسبة بين المال والملك العموم والخصوص المطلق فيقول ((كل مال ملك ولكن ليس كل ملك مالاً)).

مع ان النسبة بينهما في ضوء ما ما اورد في المادتين (١٢٥، ١٢٦) من المجلة العموم والخصوص من وجه: فهما يمتنعان في السيارة والدار مثلاً. ويفترقان في الاشياء المباعة فهي مال وليست ملكاً، وفي المنافع فهي ملك وليست مالاً لانها لا تدخر.

(١) الحقوق المدنية الاصلية لاستاذنا الاستاذ شاكور ناصر، ص ٢٠.



الفصل الخامس

القضايا المنطقية والقواعد القانونية

القواعد القانونية هي في المعنى اوامر ونواهي موجهة الى الخاضعين لها لتلزمهم بافعال من الواجبات والالتزامات، وتطر عليهم فعلاً من الجرائم في القضايا الجنائية، وتصرفات مالية في القضايا المدنية، وعلى الرغم من ذلك فان اسلوب المشرعين الوضعيين هو استعمال الجمل المحيرة في الصياغات القانونية دون استعمال صيغ الاوامر والنواهي مثل لا تفعلوا كذا، افعلوا كذا... خلافاً للاسلوب المتبع في الشريعة الاسلامية التي تستعمل غالباً الصيغ الطلبية والجمل الانشائية من الاوامر مثل ((اقيموا الصلاة)). ((وتعاونوا على البر والتقوى)). ((وانفقوا في سبيل الله)). ومن النواهي مثل: ((ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق)). ((ولا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل)). ((ولا تقرّبوا الزنا))...

واحياناً يستخدم القرآن الكريم اسلوب الجمل المحيرة في الاوامر مثل: ((والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين)). وفي النواهي مثل: ((ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها))^(١). فالعقاب يدل على تحريم القتل وعلى انه منهى عنه.



وصيغ القواعد القانونية باعتبارها جملاً خبرية من حيث الصورة تأتي على الاشكال الآتية:

أ- على شكل القضية العملية المنطقية الموجبة مثل: ((المتهم بريء حتى تثبت ادانته في محاكمة قانونية^(١)). ((حق الدفاع مقدس في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة وفق احكام القانون))^(٢).

ب- أو على شكل القضية العملية المنطقية السالبة مثل: ((لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون))^(٣). ((لا يجوز القبض على احد او توقيفه او حبسه او تفتيشه الا وفق احكام القانون))^(٤). ((ولا تجوز العقوبة الا على الفعل الذي يعتبره القانون جريمة اثناء اترافه))^(٥).

ج- أو على شكل القضية الشرطية المنطقية المتصلة. مثل: ((اذا ارتكب الصبي جريمة واصبحت وقت الحكم عليه فتى يحكم عليه بالعقوبة المقررة للجريمة كما لو كان صيباً))^(٦).

د- أو على شكل القضية الشرطية للمنطقية المنفصلة، مثل: ((يعاقب اذا كانت الجريمة جناية بالحبس والغرامة أو احدى هاتين العقوبتين))^(٧).

وبناء على ما ذكرنا تكون القواعد القانونية باعتبار صورها وأشكالها قضايا منطقية وهي اما عملية موجبة او سالبة، واما شرطية متصلة لزومية او اتفاقية موجبة او سالبة، واما شرطية منفصلة مانعة المجمع فقط، او مانعة الخلل فقط او منفصلة حقيقية (مانعة المجمع والخلل معاً).

ونزوع ايضاح ذلك على مبحثين الاول في القضية العملية والثاني في الشرطية.

^(١) الدستور المؤقت (م ٢٠) ف أ.

^(٢) الدستور المؤقت (م ٢٠) ف ب.

^(٣) الدستور المؤقت (م ٢١).

^(٤) الدستور المؤقت (٢٢).

^(٥) الدستور المؤقت (م ٢١).

^(٦) قانون العقوبات العراقي النافذ (٢/٧٤م).

^(٧) كل من اخبر السلطات المختصة بامور يعلم انها كاذبة عن جريمة وقعت يعاقب اذا كانت للجريمة جنائية بالحبس والغرامة او باحدى هاتين العقوبتين ق.ع.ع. (٢٤٣م).

المبحث الاول

القضية الحملية

القاعدة القانونية ان حكم فيها بوقوع ثبوت شي. لشي. او لاقوعه سميت حملية، وسمي المحكوم عليه موضوعاً والمحكوم به محمولاً^(١) اذن القضية الحملية: تتكون من موضوع ومحمول مثل: ((العقوبة شخصية))^(٢).

ففي هذا المثال: ((العقوبة)) موضوع في اصطلاح المنطق، ومسند اليه في اصطلاح النحور، ومحكوم عليه في اصطلاح القانون. و((شخصية)) محمول في المنطق لانه حمل على الموضوع، ومسند في النحور، ومحكوم به في القانون. والحملية اما موجبة وهي ما حكم فيها باثبات المحمول للموضوع كما في المثال المذكور، واما سالبة وهي ما حكم فيها بنفي المحمول عن الموضوع مثل المجنون غير مسؤول جنائياً.

شروط القضية الحملية الموجبة:

يشترط في القضية الحملية الموجبة توفر الشرطين التاليين:

الشرط الاول- أن يكون الموضوع والمحمول متحدين في الما صدق بان يكون ما صدقهما في خارج ذهن الانسان شيئاً واحداً وذلك حتى يصح حمل المحمول على الموضوع. لانه في حالة الاختلاف يكون الحمل باطلاً فلا يقال مثلاً النبات جماد.

الشرط الثاني- ان يكون المحمول والموضوع متغايرين في المفهوم حتى يكون الحمل مفيداً فلا يقال: الجريمة جرمية لانه كلام عبث.

وقواعد علم المنطق تقضي بوجود توافر هذين الشرطين في كل قضية حملية موجبة وبناء على ذلك يعتبر ما ورد في المواد التالية من القضايا غير منطقية وبالتالي يكون الحمل فيها باطلاً لتخلف الشرط الاول فيها:

(١) البرهان المرجع السابق، ص ١٢٢.

(٢) الدستور المؤقت (م ٢١).

أولاً: المادة (١١١) من المشروع للقانون المدني الجديد تنص على أن: ((الالتزام واجب قانوني بأداء محدد...)). وهذه القضية العملية الموجبة لم يتولر فيها الشرط الأول لان الالتزام والواجب يختلف ما صدقهما وذلك لان هناك ثلاثة مصطلحات من مادة (واجب)) مختلفة في ذاتياتها وماهياتها وهي: ((واجب، إيجاب، وجوب)).

الواجب: هو الاداء المطلوب على وجه الحتم والالتزام يقال:
اداء الصلاة واجب على كل مسلم، واداء الدين واجب على مدينه واداء الخدمة الالتزامية واجب على كل مواطن...
فهو وصف لفعل الملتزم وقائم به.

الإيجاب: وهو الزام الملتزم بالاداء المطلوب منه على وجه الحتم. فهو صفة القانون الأمر بهذا الاداء والمصدر الشرعي أو القانوني له.
الوجوب: وهو انشغال ذمة المدين بحق للغير يجب عليه تفرغها باداء. هذا الحق لصاحبه. وهذا هو بعينه معنى الالتزام وما صدقه.

أذن الوجوب هو الالتزام، والالتزام هو الواجب، فيصح حمل الوجوب على الالتزام في قضية عملية موجبة تمثل قاعدة قانونية لان ما صدقهما واحد وهو انشغال الذمة بما يجب تفرغها عنه. ولذلك اقترحت على السادة اعضاء لجنة اعداد المشروع تعديل هذه المادة وتبديل لفظ ((واجب)) به ((وجوب))، وأرجو يؤخذ باقتراحي.

ثانياً: المادة (٣٥٩) من نفس المشروع: تنص على أن ((حل العقد هو الاداء الذي يلتزم به المدين)) فهذه القضية العملية الموجبة ايضاً غير منطقية لان ما صدق الموضوع ((حل العقد) مع المحمول (الاداء) لا يتحدان ولا يجتمعان في شيء واحد بل حل العقد هو للعقد عليه وهو ليس صفة قائمة باحد المتعاقدين في حين أن الاداء وصف قائم بالمتعاقد. ثم أن المشروع يشترط في حل العقد تولى الشروط التالية:

١- أن يكون ممكناً (م٣٦١).

٢- أن يكون معيناً معيناً كافياً (م٣٦٢).

٣- أن لا يكون التعامل به مخالفاً للقانون ولا مخالفاً للنظام العامة (م٣٦٥) فهذه الشروط هي شروط المعقود عليه وليست شروطاً للأداء. اذن غير حل العقد فلا يجوز حمل احدهما على الآخر.

ولهذا اقرحت على السادة اعضاء لجنة اعداد المشروع تعديل المادة بما يلي:
((اعل العقد ما يلتزم المدين باءائه)).

ولرجو ان يؤخذ باقتراحي.

ثالثاً: المادة (٤٣٩): من قانون العقوبات العراقي النافذ، وهي تصرف السرقة وتقول:
((السرقة اختلاس مال منقول لغو المجاني عمداً)).

هذه القضية العملية الموجبة لم يتوفر فيها ايضاً الشرط الاول من الشرطين المذكورين وهو
الاتحاد في الما صدق لان ما صدق السرقة غير ما صدق الاختلاس ولذلك تقترب على هذه
الصياغة اخطا. منطقية منها:

١- القاعدة المنطقية تقول النسبة بين المعنى اللغوي ومعنى المعنى الاصطلاحي المعموم
والغرض المطلق لان المعنى الاصطلاحي يضم المعنى اللغوي مع زيادة اضيفت اليه.
ايضاح ذلك:

لفظ ((صلاة)) في لغة العرب بمعنى الدعاء فنقله الشارع السامري من هذا المعنى
اللغوي الى معنى اصطلاحي شرعي جديد وهو العبادة المخصوصة المتضمنة لاقوال والفعال
تفتتح بالتكبير ((الله أكبر)) وتختتم بالتسليم ((السلام عليكم ورحمة الله وبركاته)) فهذه
العبادة تتضمن المعنى اللغوي وهو الدعاء اذن كل صلاة دعاء. ولكن ليس كل دعاء صلاة
وكذلك لفظ ((رهن)) في لغة العرب بمعنى الحبس وتلقه المشرع الوضعي من المعنى اللغوي
الى المعنى القانوني الذي عبارة عن عقد بموجبه يتحول المال المرهون الى ضمان خاص للدائن
يستوفي منه دينه عند تعذر الوفاء او امتناع المدين عنه. فهذا المعنى الاصطلاحي القانوني
يتضمن المعنى اللغوي ايضاً لان كل رهن يستلزم حبس المال المرهون وعدم جواز التصرف
فيه من قبل المدين المالك تصرفا يضر بالدائن المرتهن.

وبناء على ذلك يكون المعنى الاصطلاحي اخص مطلقاً دائماً من المعنى اللغوي، وهذه
القاعدة ظلت في نقل لفظ ((اختلاس)) من المعنى اللغوي وهو اخذ مال الغير علناً الى
المعنى الاصطلاحي وهو اخذ مال الغير خفية. لان السرقة هي اخذ مال الغير خفية يقال
استرق السمع اذا سمع تخفياً. وسارق النظر اذا انتظر غفلته ينظر اليه. والسرقة لا تكون الا
بغفلة من المسروق منه وعدم علمه اما الاختلاس فهو اخذ الشيء من الغير بصورة علنية
بطريق السلب لان الخلس في اللغة العربية هو السلب، والتخالس هو التسالب يقال تخالس
القوم الشيء.: تسالبوه.

٢- يترقب على حمل الاختلاس على السرقة في هذه القضية العملية عدم التفريق بين أخذ المال خفية، وأخذ علناً، ويلزم من ذلك لزوماً منطقياً عدم التفريق بين ماحول لص علناً وما هو لص خفية مع ان السارق علناً أخف جرماً وأقل خطورة من السارق خفية. ثم يلزم من هذا أيضاً لزوماً منطقياً الحكم على جريمتين مختلفتين في الحقيقة والخطورة بحكم واحد وهذا صائباً بالعدالة. وإذا أراد المشرع العراقي ان يعتبرهما بمثابة جريمة واحدة في العقاب والخطورة فعلية ان يعرف كلا منهما بتعريفه الصحيح فيعرف السرقة بأنها أخذ مال منقول مملوك لغير الجاني خفية عمداً (أي بقصد جنائي)، ويعرف الاختلاس بأنه أخذ مال منقول مملوك لغير الجاني علناً عمداً فعندئذ يصح حمل الموضوع على المحمول في كل من التعريفين ويكون للمعنى الاصطلاحي في كل منهما اخص مطلقاً من المعنى اللغوي.

المبحث الثاني

القضية الشرطية

القاعدة القانونية ان حكم فيها باتصال مضمون قضية بمضمون قضية أخرى سميت قضية شرطية متصلة موجبة^(١).
وان حكم فيها بانفصال احدى القضيتين عن الاخرى سميت قضية شرطية منفصلة موجبة^(٢) وبناء على ذلك تنقسم القضية الشرطية الى قسمين ((شرطية متصلة، وشرطية منفصلة)).

(١) وقد يكون الحكم فيها بعدم وقوع هذا الاتصال ونفيه وعندئذ تكون لقضية شرطية منفصلة سالبة مثل (ليس كلما كان الانسان متهماً كان جانياً) واهملت بحث الشرطية المتصلة السالبة لعدم اهميتها في القضايا القانونية.
(٢) وقد يكون الحكم فيها بنفي الانفصال، واهملت أيضاً لعدم الفائدة فيها من الناحية القانونية والعملية.

أولاً- القضية الشرطية المتصلة:

وهي تتكون من عنصرين بحيث يكون تحقق مضمون احدهما علة لتحقيق مضمون الاخر.

ويسمى العنصر العلة: ((شرطاً)) عند النحويين، و((سبباً)) عند القانونيين، و((مقدماً)) في اصطلاح المنطقيين، لان مرتبة العلة مقدمة على مرتبة المعلول في الوجود والتحقيق، وان كانت متأخرة في التلفظ والتعبير.

كما يسمى العنصر المعلول: ((جزأاً)) في النحو، و((مسيباً)) في القانون و((تالياً)) في المنطق وان كان المعلول مقدماً من حيث اللفظ والتعبير. وقد وقع بعض علماء المنطق في الخلط واعتبروا كل ماهو مذكور في الاول مقدماً ما يتأخر في التعبير تالياً وهذا خطأ لان وصف المقدم ثابت لما هو على سواء كان مقدماً أم مؤخراً، وان وصف التالي يكون ثابتاً لما هو معلول وان كان مقدماً في الذكر.

<u>المقدم</u>	<u>التالي</u>
إذا اتم الصبي المحجوز في	وجب نقله منها الى مدرسة
مدرسة اصلاحية الثامنة عشرة	الفتيان الجاهلين ليقتضي فيها
من عمره.	ما تبقى من مدة العجز المحكوم به ^(١) .

والشرطية المتصلة اما انفعالية واما لزومية:

أ- الشرطية للمتصلة الانفعالية:

وهي التي يكون الاتصال فيها بين المقدم والتالي من باب الصدفة دون ان تكون بينهما علاقة العلية والمعلولية (السببية والمسببية). ولعدم أهمية هذا النوع من الشرطية للمتصلة اكتفى بذكره للثال التالي لها ثم العدول الى المتصلة اللزومية لما لها من الاهمية العملية.

<u>المقدم</u>	<u>التالي</u>
إذا نقل المجنى عليه من مكان	لادى ذلك الى وفاته بجادث
الحادث الى المستشفى.	الاصطدام.

^(١) قانون العوريات العراقي للنافذ (م/٤٧٤).

فهذه القضية اتفاقية فعلى فرض تحققها يكون ذلك من باب الصدفة لانه لا توجد علاقة العلية والمعلولة بين المقدم والتالي.

ب- اللغوية الشرطية للصلة الزمنية:

وهي التي يكون للمقدم فيها علة وملزوما ويكون التالي معلولاً ولازماً بحيث كلما تحقق الاول تحقق الثاني على اساس ان وجود الملزوم يستلزم وجود اللازم له.

التالي

المقدم

اذا وقع الفعل استعمالاً لحق لاجرمه (اي لا جرمه موجودة او قائمة) الدفاع الشرعي.

ففي هذه القاعدة القانونية الواردة في المادة (٤٢) من قانون العقوبات النافذ قدم التالي (الاجرمه) على للمقدم من حيث التعقيب مع انه متأخر في التحقق والوجود وهذه القاعدة قضية شرطية متصلة لزومية لان وجود المقدم يستلزم وجود التالي وان تحقق التالي متصل بتحقيق للمقدم.

التالي

المقدم

اذا تناول الجاني المسكر او المخدر عمداً بنية ارتكاب الجريمة التي وقعت منه.

ففي هذه القاعدة القانونية الواردة في المادة (٦١) من قانون العقوبات روعي التقيسب لقدم على التالي. وهي ايضاً قضية متصلة لزومية لقيام التلازم بين المقدم والتالي بحيث ان وجود الاول يستلزم وجود الثاني. اذن القاعدة المنطقية تقضي بانه ((كلما تحقق المقدم تحقق التالي)) غير ان عكس هذه القاعدة عكساً كلياً لا وجود له في علم المنطق فلا يقال كلما تحقق التالي تحقق المقدم الا اذا كان التالي لازماً مسلوياً او لازماً اخص للمقدم اما اذا كان التالي لازماً اعم بان يكون له اكثر من ملزوم واحد فلا يلزم من تحقق التالي تحقق المقدم لجواز تحققه مع مقدم اخر.

ريناء على هذه القاعدة المنطقية يعتد صنيع المشرع العراقي في المادة (٢/٣٥)^(١) من قانون الاحوال الشخصية صنيحاً غير منطقي لانه بنى حكمه في طلاق المريض مريض الموت

^(١) نص المادة (٣٥): لا يقع طلاق الاشخاص الاتي ببيانهم:

على العكس الكلي للقاعدة المذكورة ((أي كلما تحقق التالي يتحقق المقدم)) فكلما تحقق ميّات الزوجة المطلقة في مرض الموت تحقق قيام الزوجية وقت الوفاة باعتبار ان الزوجية هي العلة الوحيدة ((السبب الوحيد)) لميّات الزوجية. مع ان هذا التالي اللازم ((ميّات الزوجية)) في هذه الحالة له مقدم ومزوم اخر غير قيام الزوجية الصحيحة وهو ((القصد السيء)) للزوج المريض مرض الموت حين طلاق زوجته)) ولذلك اطلق الفقهاء على هذا الطلاق مصطلح: ((طلاق الفار)) يعني ان طلاقه هذا يفسر بانه يقصد به حرمان زوجته من الميّات فيعامل بنتييض قصد السيء. ويعطى للزوجة المطلقة الميّات على الرغم من وقوع الطلاق. اذن لميّات الزوجية في هذه الحالة سبب اخر يترتب عليه غير سبب الزوجية وهو ((القصد السيء)).

وللشرع العراقي استدلال على عدم وقوع الطلاق بتوريث الزوجة باتفاق فقهاء المسلمين^(١)، وان هذا الاستدلال كما منطقياً لو كان لميّات الزوجية سبب واحد فقط وهو ((الزوجية)). في حين ان فقهاء المسلمين ربطوا ميّات الزوجة المطلقة في مرض الموت بقياس سبب اخر غير الزوجية وهو القصد السيء. وهذا ما اتفقوا عليه كما اتفقوا على وقوع الطلاق اذا كان الزوج متمتعاً بالادراك والتمييز التامين. لكنهم اختلفوا في مدى سقوط هذا الحق بالتقادم. فقال الحنفية^(٢): ترث الزوجة المطلقة في مرض الموت اذا مات الزوج بهذا المرض وهي لا تزال في عدة الطلاق، فاذا انتهت العدة يسقط حقها في الميّات. وقال الحنابلة^(٣): ترث ما لم تتزوج بزواج اخر فاذا تزوجت يسقط حقها، فكانها بهذا الزواج تنازلت عن حقها.

١-السكران والمجنون والمعتوه والمكره ومن كان فاقده للتمييز من غضب او مصيبة مفاجئة او كبر او مرض.

٢-المريض في مرض الموت لو في حالة يقظ في مثلها الهلاك اذا مات في ذلك المرض او تلك الحالة وترثه زوجته.

^(١) باستثناء في غيره من حيث الظاهرية وفقهاء الزيدية حيث لم يفرقوا بين الطلاق في مرض الموت والطلاق في غيره من حيث حرمان الزوجة من الميراث انظر لمطى ٢١٨/١ وما بعدها.

الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للصنعاني ٢/٢١٦.

^(٢) المبسوط للسرخسي ١٥٤/٦. بدائع الصنائع للكاساني ٢٠٦٦/٤.

^(٣) المغني لابن قدامة ٦/٢٢٠.

وقال الجعفرية^(١): تراث ما لم تتزوج وما لم تقض سنة على الطلاق فاذا تزوجت او مات الزوج بعد سنته من تاريخ الطلاق يسقط حقها.

وقال المالكية^(٢): تراث مطلقاً تزوجت ام لم تتزوج، طال مدة الوفاة بعد الطلاق ام لا لان للمراث مبنية على سبب (القصد المي) لا يسقط بالتقدم. ويتفق مع المالكية في هذا الرأي فقهاء الاباضية^(٣). وللشافعية^(٤) اقوال متعددة يتفق كل قول مع احد المذاهب المذكورة. وبعد عرض هذا التحقيق الشرعي والمنطقي لنا أمل وطيد في ان يعيد المشرع العراقي النظر في هذه المادة وان يعدلها بمذ الفقرة الثانية منها لان الحكم الوارد فيها مخالف لاجماع فقهاء المسلمين، ومخالف لجميع القوانين في البلاد العربية والاسلامية، ومخالف لقواعد علم المنطق.

وبالاضافة الى ذلك كله فان القاضي لا يستطيع ان يبت في وقوع الطلاق او عدم وقوعه حتى يموت الزوج بالمرض الذي طلق زوجته فيه لانه لا يعلم بطريقة مؤكدة ان هذا المرض هو مرض الموت، وانه مات فيه الا بعد الوفاة فتبقى الزوجة حائرة خلال هذه الفترة بين حالة الزوجية وحالة اللازوجية.

فم ان كان الحكم مبنياً على اساس عدم الادراك الكامل للمريض وتقص اهليته فان هذا الحكم قد ذكره المشرع في الفقرة الاولى فتكون الفقرة الثانية تكراراً وحشواً. اضف الى كل ذلك ان الزوجية لا تقصر حقها في المراث عند المالكية والاباضية على الرغم من وقوع الطلاق وزواجها بزواج اخر.

ثانياً- القضية الشرطية المنفصلة:

وهي كما ذكرنا ما حكم فيها بانفصال احدى القضيتين فاكتر عن الاخرى واهم معيار يميزها من الشرطية للمتصلة هو وجود لفظ (أو) بين مقدماتها مثل القاعدة القانونية الجنائية الواردة على صرورة شرطية منفصلة في المادة (١/٣٩٣) المعدلة في قانون العقوبات النافذ من انه ((يعاقب بالسجن المؤبد او المؤقت كل من واقع أنشى بغض رضاه او لاط

(١) المكالي للكليبي ١٢/٦. الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٢/٢٢٧.

(٢) المنتقى شرح موطأ امام مالك ٨٥/٤-٨٦.

(٣) شرح النيل وشفاء العليل للامام محمد بن يوسف الطيفيش ٨/٢٧٦.

(٤) المهذب لابي اسحاق الشيرازي // ٢٥.

بذكر أو انشئ بفرد (رضاء أو رضاها)) وهذه القضية صميت في علم المنطق ((المنفصلة)) لعدم امكان الجمع بين جميع مقدماتها كالمجمع بين السجن المؤبد والمؤقت في وقت واحد في قضية واحدة وبالنسبة الى شخص واحد.

وتنقسم للمنفصلة الى ثلاثة أنواع^(١):

أ- منفصلة حقيقية: وهي التي تكون دالراً بين حكمتين فأكثر بحيث يمتنع الجمع بين الجميع كما يمتنع الخلو عن الجميع لانها تتكون من الشيء، ونقيضه فوجود احدهما يستلزم عدم الآخر لاستحالة الجمع، وعدم احدهما يستلزم وجود الآخر لاستحالة الخلو. ففي الرياضيات يقال: ((اذا كان هذا عدداً فهو اما زوجي واما فردي)) فهي قضية شرطية منفصلة حقيقية حيث لا يتصور ان يكون عدد واحد زوجياً وفردياً معاً أو ان لا يكون فردياً ولا زوجياً.

وفي القانون يقال: ((من القى القبض عليه فهو اما بري، او مجرم)). فهي قضية شرطية منفصلة حقيقية لاستحالة الجمع بين وصفي البراءة والجرام في شخص واحد في وقت واحد، وبالنسبة الى قضية واحدة، واستحالة خلو ايضاً من كلا الوصفين معاً.

ب- منفصلة مانعة الخلو: فهي قضية شرطية منفصلة تتضمن اكثر من حكم واحد بحيث يمكن الجمع بين الكل في التطبيق، ولكن يمتنع الخلو عن الكل اذا توفرت شروط التطبيق كما في القاعدة القانونية الجنائية الواردة على صورة قضية شرطية منفصلة مانعة الخلو في المادة (٢٣١) من قانون العقوبات النافذ التي منطوقها: ((يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبالفراصة او باحدى هاتين العقوبتين من منع قصداً موظفاً أو أي شخص مكلف بمهمة عامة عن القيام بواجباته))^(٢). فهذه القاعدة ((القضية)) تتضمن حكمتين: ((الحبس، والفراصة)) فاعطى للشرع فيها القاضي سلطة الجمع بينهما، ولكن لا يستطيع القاضي ان يتغلى عن تطبيق كليهما معاً مادامت اركان وشروط الجريمة متوفرة وموانعها منتفية.

ج- منفصلة مانعة الجمع: فهي قضية شرطية منفصلة تتضمن اكثر من حكم واحد بحيث يمتنع الجمع بين الكل في التطبيق، ولكن يمكن الخلو عن الكل وعدم تطبيق أي

^(١) التفاتراني، تهذيب المنطق، مع الدسوقي والتجريد الشافعي على شرح الخبيصي، ص ١٤٤-١٤٥.

^(٢) فهذه قضية شرطية لان تقديرها: من منع قصداً موظفاً الى اخره... يعاقب بالحبس الى اخره. والفظ (من) اسم شرط وما بعده جملة شرطية والعقوبة تبني على توفر هذا الشرط.

من الاحكام الواردة في القضية كما في القاعدة القانونية الجنائية الواردة في صورة قضية شرطية منفصلة مائة المجمع في المادة (١٧٥/١) من قانون العقوبات النافذ التي تنص على انه ((يعاقب بالسجن المزداد او للوقت من اشترك في اتفاق جنائي الغرض منه ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في المواد (من ١٥٦ الى ١٧٤)، او اقتضاها وسيلة للوصول الى الغرض المقصود منه)).، فهذه القاعدة (القضية) تتضمن حكمين ((السجن المزداد، والسجن للوقت)) فيمتنع المجمع بينهما فهي اذن ممانعة المجمع ولكن لا يمتنع اخلو عن كليهما معاً حيث يجوز للقاضي ان يتخلل عن تطبيق كلا الحكمين بدلالة المادة (١٨٧) من هذا القانون التي تنص على انه ((يعفى من العقوبات المقررة للجرائم المبينة في هذا الباب من بادر من الجناة باطلاع السلطات العامة بكل ما يعلمه عنها قبل البدء من تنفيذ الجريمة وقبل البدء في التحقيق. ويجوز للمحكمة الاعفاء من العقوبة اذا حصل البلاغ بعد تنفيذ الجريمة وقبل البدء في التحقيق.

وفي ضوء هذه المادة تكون القضية الشرطية المنفصلة الواردة في المادة (١٧٥/١) منفصلة مائة المجمع ولكن ليست ممانعة اخلو^(١).

(١) لمزيد من التفصيل بالنسبة للشرطية المتصلة والمنفصلة راجع المراجع الاتية: البرهان المرجع السابق، ص ٢٢٠-٢٢٤.

تحرير القواعد المنطقية شرح رسالة الخصمية المرجع السابق ص ١٥٢ وما بعدها.
تهذيب المنطق مع الطبيعى والمنطوق ص ١٤١ وما بعدها.
ايسافوجي في المنطق مع شرحه وحاشية الطار ص ٨٥ وما بعدها.



الفصل السادس المنطق والادلة القضائية

القاضي ابتداء من سماع الدعوى وقبلها، والنظر في الواقعة وتكييفها، واستنباط الاحكام من النصوص وتسيبها، وانتهاء من اصدار القرارات وتبيتها يعتمد على أدلة منها عقلية وهو خاضع لها، ومنها عقلية وهو حاكم فيها ومنها لها صفة ازدراجية عقلية في بعض مقدماتها وعقلية في البعض الاخرى ولها احكام الادلة العقلية.

للدليل:

إذا اطلق في علم المنطق يقصد به لقياس المنطقي غالباً^(١).



^(١) وقد يقصد به الاستقراء كما في الاستدلال الاستقرائي. اما القياس الشرعي والقياس يسمى تمثيلاً عند المنطقيين.

القياس المنطقي:

يتكون من مقدمتين فأكثر متى سلم بها يلزم عنها لذاتها النتيجة.
وهو قسمان: قياس اقتراني، وقياس استثنائي، والاقتراني ينقسم الى الاقتراني المحلي والاقتراني الشرطي، كما ينقسم الاستثنائي الى الاستثنائي المتصل والاستثنائي المنفصل:

أولاً-القياس الاقتراني المحلي:

وهو يتكون من (مقدمتين + نتيجة).
مقدماته تتكون من ثلاثة حدود (الحد الاصفر + الحد الاكبر + الحد الاوسط).
المقدمة التي فيها الحد الاصفر تسمى ((صغرى)) لانها اقل شمولاً.
والمقدمة التي فيها الحد الاكبر تسمى ((كبرى)) لانها اكثر شمولاً.
المثل:

العالم حادث (مقدمة صغرى).
كل حادث له محدث (مقدمة كبرى).
العالم له محدث (نتيجة).
العالم (الحد الاصفر) موضوع النتيجة.
حادث (الحد الاوسط) حلقة الوصل بين للمقدمتين وهو محمول في الصغرى وموضوع في الكبرى.
الكبرى.

له محدث (الحد الاكبر) محمول النتيجة.
وللقياس الاقتراني المحلي أشكال أربعة:
الشكل الاول-هو أن يكون الحد الاوسط محمولاً في الصغرى وموضوعاً في الكبرى كالمثال المذكور.

الشكل الثاني-هو ان يكون الحد الاوسط محمولاً في الصغرى والكبرى.
الشكل الثالث-ان يكون موضوعاً في كليتهما.
الشكل الرابع-هو عكس الشكل الاول وهو ان يكون موضوعاً في الصغرى ومحمولاً في الكبرى.

ثانياً- القياس الاقتراني الشرطي:

وهو الذي يكون بعض مقدماته او كلها قضايا شرطية متصلة او منفصلة. وانواعه ستة:
الاول- يتكون من شرطين متصلتين:

كلما كان الانسان غلصاً كان منتجاً، (صغرى).

وكلما كان منتجاً كان مجرباً، (كبرى).

كلما كان الانسان غلصاً كان مجرباً (نتيجة).

الثاني- يتكون من منفصلتين:

كل مجتهد اما ان يكون مصيباً في اجتهاده او غير مصيب، (صغرى).

وكل غير مصيب في اجتهاده اما ان يصر على خطأ او يتراجع عنه، (نتيجة).

الثالث- هو ان يكون احدي اللقمتين متصلة والاخرى حملية:

كلما كان القاضي غير منحاز كان عادلاً، (صغرى).

كل عادل محبوب (كبرى).

كلما كان القاضي غير منحاز كان مجرباً، (نتيجة).

الرابع- هو ان تكون احدي اللقمتين منفصلة والاخرى حملية:

مثل: كل من يلقي عليه القبض متهم، (صغرى حملية).

وكل متهم اما بريء واما مجرم (كبرى منفصلة).

كل من يلقي عليه القبض اما بريء واما مجرم (نتيجة).

الخامس- هو ان تكون احدهما منفصلة والاخرى متصلة:

مثل: اما ان يكون الطالب مجتهداً واما ان يكون مهملأ، (كبرى منفصلة).

اذا كان الطالب ناجحاً كان مجتهداً، (صغرى متصلة).

اذا كان الطالب ناجحاً فلا يكون مهملأ، (نتيجة).

السادس- هو ان يتكون من حملية ومتصلة ومنفصلة:

مثل: البندقية آلة معدة للقتل، (قضية حملية).

وكلما كانت آلة معدة للقتل كانت وسيلة طبيعية لازهاق الروح (قضية

شرطية متصلة).

ودائماً اما ان تكون الآلة المعدة للقتل دالة على توفر القصد الجنائي او لا

تكون دالة عليه (قضية شرطية منفصلة). أما أن تكون البندقية وسيلة طبيعية لازهاق الروح دالة على تورط القصد الجنائي، وأما أن تكون غير دالة عليه (نتيجة).

والقياس الاتقاني الشرطي كالقياس الاتقاني الحملي أربعة أشكال:
الاول- هو الذي يكون فيه الحد الاوسط محمولاً في المقدمة الصغرى وموضوعاً في المقدمة الكبرى.

الثاني- هو أن يكون فيه الحد الاوسط محمولاً في كلتا المقدمتين.
الثالث- هو أن يكون فيه الحد الاوسط موضوعاً في كلتا المقدمتين.
الرابع- هو الذي يكون عكس الشكل الاول.

ثالثاً- القياس الاستثنائي المتصل:

القياس الاستثنائي هو الذي تتضمن احدى مقدمتيه النتيجة ذاتها أو نقيضها بالفعل. وهو عادة يتكون من مقدمتين احدهما قضية شرطية والاخرى قضية عملية استثنائية وتسمى استثنائية لاشتمالها على ما يسمى في علم المنطق باداة الاستثناء. وهو لفظ (لكن) ولذلك سمى القياس استثنائياً ايضاً. وهو اما استثنائي متصل اذا كانت شرطية متصلة، واما استثنائي منفصل ان كانت منفصلة^(١).

الاستدلال والاستنتاج بواسطة القياس الاستثنائي المتصل:

يقول علماء المنطق ثبوت تحقق للمقدم ينتج ثبوت تحقق التالي على اساس ان الاول علة وثبوت العلة يستلزم ثبوت المعلول. كما في الصورة التالية:
الدعوى: (ج) غير مسؤول جنائياً عن قتل (ك).
السند: لان القتل كان دفاعاً عن النفس.
الاستدلال القضائي: اذا ثبت ان (ج) قتل (ك) دفاعاً عن النفس (المقدم) فهو غير مسؤول جنائياً (التالي).

(١) انظر المراجع السابقة من كتب المنطق: البرهان ص ٢٢٠-٢٤١.

تهذيب المنطق مع الطيبيسي والدسوقي ص ٢١٤ وما بعدها.

دليل التالي: المادة (٤٧) من ق.ع.ع.^(١).

خلاصة التحقيق: لكن ثبت ان (ع) قتل (ك) دفاعاً عن النفس.

الاستنتاج والحكم: (ع) غير مسؤول جنائياً عن قتل (ك).

وهناك صورة أخرى للاستنتاج عن طريق القياس الاستثنائي المتصل وهي ان ثبوت تخلف التالي ينتج ثبوت تخلف المقدم باعتبار ان تخلف الاثر يستلزم تخلف المؤثر.

الدعوى: (ع) لم يرتكب جريمة السرقة التي اتهم بها.

السند: عدم تطابق بصمات الاصابع.

الاستدلال القضائي: (ع) لارتكب جريمة السرقة التي اتهم بها (المقدم) اذا تطابقت بصماته مع بصمات على محل الحادث (التالي).

خلاصة التحقيق: لكن لم تتطابق بصمات الاصابع.

الاستنتاج والحكم: (ع) لم يرتكب جريمة السرقة التي اتهم بها.

رابعاً-القياس الاستثنائي المنفصل:

وهو الذي تكون احدى مقدمات قضية منفصلة والاخرى حملية.

الاستدلال والاستنتاج بواسطة القياس الاستثنائي للمنفصل:

يقول علماء المنطق: اثبات تحقق احدى مقدمتي المنفصلة ينتج عدم تحقق الاخرى، واثبات عدم تحقق احدهما ينتج تحقق الاخرى على اساس انهما متناقضان لا يمتنعان معاً ولا يرتفعان معاً، كما في الصورة التالية:

المتهم (غ) القى القبض عليه (المقدم-قضية حملية) بعد التحقيق: ثبتت اما ادانته او برأته (التالي-منفصلة) لكن ثبتت ادانته ((الاستثناء المقدم)) ((.)) فلم تثبت برأته ((نتيجة)).

او يقال: لكن نتيجة التحقيق اثبتت برأته ((الاستثناء التالي)). فلم تثبت ادانته ((نتيجة)) وبعد هذا الاستعراض الموجز لبعض صور الدليل (القياس) المنطقي يتضح لنا ان الادلة القضائية اما عقلية واما عقلية وهذا ما نوضحه بايجاز في المبحثين القادمين.

^(١) لا جريمة اذا وقع الفعل استعمالاً لحق الدفاع الشرعي.

المبحث الاول

الادلة النقلية

يقول علماء المنطق^(١): الدليل ان تتوقف على حكاية كلام الغير في جميع مقدماته أو في بعضها فدليل نقلي والا فدليل عقلي.

المثل:

أ- ما يتوقف على النقل بجميع مقدماته:

تارك المأمور به عاص (صغرى) وكل عاص مستحق للعقاب (كبرى) تارك المأمور به مستحق للعقاب (نتيجة).

دليل الصغرى نقلي وهو قوله تعالى (أف عصيت أمر ربى). وكذلك دليل الكبرى وهو قوله تعالى (ومن يعص الله ورسوله فان له نار جهنم خالدين فيها).

ب- ما يتوقف على النقل في بعض مقدماته:

(أ) قتل (ب) عمداً عدواناً (صغرى).

وكل من قتل عمداً عدواناً يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت (الكبرى).

(أ) يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت (نتيجة).

الصغرى واقعة مادية، وهي ليست نقلية وإنما ادلتها ودعواها نقلية ولكن المقدمة الكبرى نقلية وهي عبارة عن المادة (٤٠٥) من قانون العقوبات العراقي النافذ.

ومن الادلة النقلية: النصوص القانونية والشرعية والسوابق القضائية، والوال الشهود، وافادات المتهمين...

اقسام الادلة النقلية:

الادلة النقلية اما يقينية او غير يقينية من حيث الثبوت، ولكل منهما اما قطعية او ظنية من حيث الدلالة على الحكم. فكل نص لا يحتمل من حكم واحد (او معنى واحد) تكون دلالته على هذا الحكم قطعية. وكل نص يحتمل اكثر من حكم واحد (او معنى واحد)

(١) البرهان المرجع السابق، ص ٤٠٣.

تكون دلالة على احد الاحتمالين دلالة طنية لانه يمتثل في نفس الوقت الاحتمال الاخر وقل مثل ذلك بالنسبة لغير النصوص من الادلة.

اولاً- الادلة النقلية اليقينية:

اليقين هو العلم المجازم الثابت المطابق للواقع وهو بالنسبة الى الادلة النقلية لا يشبت الا بالتواتر، والتواتر هو ما نقله جمع من الناس في كل عصر عن سمع مباشر او مشاهدة يستحيل عادة اتفاقهم على الكذب كالاتفاق على ان ((لندن)) عاصمة بريطانيا.

النصوص والتواتر:

النصوص القانونية في كل بلد تصبح متواترة بعد نشرها في الوقائع والجرائد الرسمية. فلا يوجد مثلاً نص من نصوص قانون العقوبات العراقي النافذ يكون محل شك أو ظن أو وهم في انه نص تشريعي عراقي وجزء من هذا القانون، وهكذا بقية القوانين النافذة. ولكن النصوص الشرعية تختلف عن النصوص القانونية كما يلي:

أ-نصوص القرآن الكريم من حيث الثبوت ومن حيث انها كلام الله نزلت وحياً على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم كلها متواترة حيث نقلها في كل عصر جمع يستحيل تواطؤهم على الكذب.

ب-نصوص السنة النبوية:

وهي من حيث الثبوت ثلاثة انواع.

١- السنة للتواتر:

وهي ما رواها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع من الصحابة يستحيل عادة اتفاقهم على الكذب ثم رواها عن هذا الجمع جمع من التابعين يستحيل عادة اتفاقهم على الكذب وهكذا الى زمن التدوين. والتواتر اما لفظي: وهو ما يرويه كل واحد من الجماعة متفقاً مع ما يرويه الاخر في اللفظ.

واما معنوي: وهو ان يكون ما يرويه كل واحد من الرواة مختلفاً مع ما يرويه الاخر في اللفظ الا ان اخبار الكل تتفق على معنى واحد مشترك فيما روه ولو بطريق الالتزام.

والتواتر اللفظي في كلام الرسول صلى الله عليه وسلم قليل ولكن التواتر المعنوي كثير ومن التواتر المعنوي تفسير النصوص المجملية الواردة في القرآن الكريم بأقوال الرسول وأفعاله. والسنة المتواترة تحتل المركز الثاني بعد القرآن الكريم في الالتزام والحجة.

٢- الحديث المشهور:

وهو ما يرويه من لم يبلغوا حد التواتر من الصحابة ثم يصبح متواتراً في عصر التابعين أو تابعي التابعين. والحديث المشهور يفيد القطع وعلم اليقين بالنسبة الى من رواه من الصحابة ولكنه دليل ظني بالنسبة الى غيرهم.

٣- حديث الآحاد:

وهو كل خبر يرويه عدد دون عدة التواتر. ويفيد الظن الراجح ويجب العمل به فيما يدل عليه من الاحكام العملية ولا يستدل به في الامور الاعتقادية. ولكل دليل نقلي ما عدا الدليل المنقول بالتواتر لا يفيد علم اليقين. وكل دليل تكون جميع مقدماته متواترة يسمى ((البرهان)).

ثانياً- الادلة المنطقية غير اليقينية (الامارات):

ويطلق علماء المنطق على الادلة غير اليقينية تعبير (الامارات) وان كان هذا التعبير غالباً يستعمل للظنيات.

الاسام الادلة غير اليقينية:^(١)

تنقسم الادلة غير اليقينية من حيث القوة والضعف الى الاسام الآتية:

١- الادلة للقبلة للأدراك هذه المجازم وهي تنقسم الى الاصناف التالية:

أ- اما ان ظني الشكل:

وهو الادراك لامر ما بحيث لا يرجح جانب من الشبوت وعدم الشبوت على الجانب الاخر كتصور علماء الفضاء للحياة في بعض الكواكب تصوراً لم يرجح بعد احد

^(١) ومن الجدير بالذكر ان هذه الاقسام لا تختص بالادلة المنطقية وانما هي متوترة في الادلة العقلية ايضاً كما يأتي في محله.

جانبه الايجابي والملي على الجانب الاخر. ولا يجوز للقاضي ان يعمل ويحكم بالشك بل عليه ان يبتد ويبتذل الجهد للوصول الى ادراك اقرب من هذه المرحلة.
بـ) **لما ان تفيد الظن:**

وهو الجانب الراجح للدراك من الوجود والعدم لم يرجح ثابت لدى المدرك كظن القاضي بثبوت التهمة الموجهة الى المتهم لتوفر الادلة ضد غير ان هذه الادلة لم تصل الى درجة اليقين لو الاعتقاد الجازم الثابت بل تقتصر الصدق والكذب كافتادات الشهود الذين لم يبلغوا حد التواتر، وكافتادات واعتقادات المتهمين فلها ايضاً لا تفيد اليقين لاحتمال الكذب وعدم الصحة لدافع قد لا يعلم به القاضي لو يعلم به. وكذلك كافتاد المدعى بالدين فهي ادلة كلامية تفيد الظن لو الظن الغالب والقاضي ملزم بان يحكم بالظن الغالب ما لم يتم دليل على خلاف ذلك.
جـ) **لما ان تفيد الوهم:**

وهو الجانب المرجح للخالف للظن الغالب فالقاضي عندما يستمع لافادات الشهود يحصل لديه للظن الغالب بصحة مضامين هذه الافادات ولكن بما انها اخبار تقتصر الصدق والكذب فهو قد يتصور الجانب الاخر لهذه الافادات أي عدم صحتها وهذا الجانب المخالف المتصور يسمى ((الوهم)). ولا يجوز للقاضي ان يصل به.

٢- الادلة للقيمة للدراك الجازم هي الثابت:

والادراك الجازم غير الثابت هو ما يقبل ثبوت العكس كادراك القاضي لثبوت التهمة الموجهة الى المتهم ادراكاً جازماً استناداً الى الادلة المتوفرة لديه ضد. ولكنه ادراك جازم غير ثابت لجواز ثبوت عكسه بان تثبت براءة المتهم بعد الحكم عليه بظهور دليل يدل على ذلك، ففي هذه الحالة يجب على القاضي ان يسحب الحكم ويصدر بدلاً عنه الحكم بالبراءة من التهمة الموجهة واطلاق سراحه ان لم يكن متهماً بتهمة اخرى.

٣- الادلة للقيمة لادراك الجازم هي المطابق للواقع:

وهذا الادراك يطلق عليه علماء المنطق مصطلح ((الجهل للركب)) كالادراك الاعصى لبعض المقلدين الذين يعتقدون اعتقاداً جازماً ثابتاً غير مطابق للواقع بصحة ما ينقلونه عن يقدونه. فالقضايا التقليدية يحكم بصحتها عقل المقلد حكماً جازماً ثابتاً تقليدياً بدياً بالنسبة اليه زعماء، لا نظرياً ولا استدلالياً لتتأني بين التقليد

والاستدلال عليه، ولأن الاستدلال بغير الاحاد لا يفيد الجزم اصلاً. وأحياناً تكون هذه القضايا التقليدية غير صحيحة في الواقع وفي نفس الامر ومع ذلك يتمسك بها المقلد تمسكاً لا يقبل العكس بالنسبة اليه وهذا ما يسمى الجهل المركب لانه يجهل الحقيقة ويجهل انه جاهل بها فهو جهل يستلزم جهلاً آخر ولهذا سمي الجهل المركب.

ومن البدهي ان المجتهد قد يكون مخطئاً وقد يكون مصيباً وهذا ما لا ينكره احد الا للمتعبون والمصابون بالتعصب الاعمى وقد اكد الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم هذه القاعدة قبل اكثر من الف واربعمئة سنة حين قال ((اذا حكم الحاكم فاجتهد ثم اصاب لله اجران فاذا حكم واجتهد ثم اخطأ فله اجر)).

ويعتبر من التقليد والتمسك بالادلة النقلية غير اليقينية في صحتها الاستناد الى السوابق القضائية وقرارات محكمة التمييز فهذه القرارات وتلك السوابق غير مصونة عن الخطأ وان صانع القرار غير مصون لذا من الخطأ المنطقي التعصب الاعمى سواء من قبل قاضي الموضوع أو من قبل محامي الدفاع لهذه السوابق والقرارات. نعم من المفيد ان يستنتج بها القاضي او المحامي ولكن في نفس الوقت يجب ان لا يأخذ الا بعقد الدراسة الدقيقة واعادة النظر فيها وان يعتبرها قابلة لاثبات العكس من حيث انها تحمل الصواب والخطأ مادام مصدرها هو الاجتهاد او الدليل الظني.

الاستنتاج:

وبعد هذا الايضاح الموجز بالنسبة لما يتعلق بالادلة النقلية غير اليقينية نستطيع ان نستنتج ما يلي:

اولاً-القاضي غير ملزم بعمل باليقين دائماً لأن جميع الادلة النقلية التي يستند اليها كلها لا تفيد اليقين باستثناء الادلة النقلية المتواترة. والقاضي غير ملزم بان لا يعمل الا بالتواتر لا في الشريعة الاسلامية ولا في القوانين الوضعية لئلا يؤدي ذلك الى اهدار حقوق الناس.

وبناء على هذا يعتبر صنيع المشرع العراقي في المادة (٤٤) من قانون الاحوال الشخصية النافذ غير منطقي حيث الزم القاضي بالعمل بالتواتر في هذه المادة التي تنص على انه ((يجوز اثبات اسباب التفريق بكافة وسائل الاثبات بما في ذلك الشهادات الواردة على السماع اذا كانت متواترة...)). فالزام القاضي بان لا يعمل بالشهادات الواردة على السماع ما لم تصل الى درجة التواتر قد يؤدي الى ضياع

حقوق احد الزوجين او كليهما بالاضافة الى انه يصطدم مع القاعدة المنطقية والقانونية والشرعية القاضية بجواز الحكم بالظن الغالب في كل تعرض عليه للبت فيها.

ثانياً- على القاضي ان لا يكون مقلداً للقرارات والسوابق القضائية واذا استخدم هذا التقليد يجب ان لا يكون متعصباً لها الى حد لا يدرك الخطأ الوارد فيها لان صانع القرار لم يكن معصوماً بقراره يحتمل الخطأ والصواب كقرار اي مجتهد لا يملك دليلاً قطعياً على ثبوت ما يقره.

ثالثاً- لا يجوز للقاضي ان يعمل بالشك او الهم لانهما ادراكان ضعيفان يقتربان الى الخطأ من الصواب، فعليه ان يجتهد حتى يصل الى الادراك الذي لا يقل عن درجة الظن الغالب رعاية للقواعد العامة منها: ((المتهم بريء حتى تثبت ادانته)) ((الاصل براءة الذمة)) ويأتي في مقدمة القواعد المانعة من العمل بما هو محل للشك قول الرسول الاعظم صلى الله عليه وسلم: ((امروا الخدم بالشبهات ما استطعتم)). وابعاً- الادلة سواء كانت يقينية او ظنية في ثبوتها فان دلالتها قد تكون قطعية وقد تكون ظنية:

الدلالة القطعية للدالة:

هي ان يكون الدليل لا يتحمل اكثر من مدلول واحد فعندئذ لا مجال للاجتهاد فيه اصلاً وهذا هو المقصود من القاعدة المشهورة ((لا مسأغ للاجتهاد عند مورد نص)).

الدلالة الظنية للدالة:

هي ان يكون للدليل اكثر من احتمال واحد فعندئذ تكون دلالة على احتمال واحد من هذه الاحتمالات دلالة ظنية لجواز الاحتمال الاخر في نفس الوقت. ومن اهم اسباب نشوء الغموض في النصوص احتمالاتها لاكثر من مدلول واحد فالقاضي عندما يستعمل النص في احتمال واحد قد يكون مصيباً وقد يكون مخطئاً لجواز ان المشرع اراد الاحتمال غير المعمول به. فالنصوص كلها من حيث الدلالة اما قطعية واما ظنية خلافاً لما زعم البعض من ان الادلة العقلية مطلقاً تكون دلالاتها ظنية وصاحب هذا الزعم يستند الى ان افادتها للنتيجة للمتروكة منها تتوقف على مقدمات كلها ظنية ومن تلك المقدمات:

• العلم بوضع الفاظ النصوص لمعاني محددة، وهذا العلم ظني.

• العلم بان المعاني المفهومة من الفاظ النصوص هي المعنية بالقصد من قبل المشرع او صاحب القول، وهذا ظني.

• العلم بان هذا اللفظ لم ينقل من معناه الاصلي الى معنى اخر، وهذا ظني.

• العلم بان اللفظ ليس مشتركاً بين معنيين فاكثراً، وهذا ظني.

• العلم بان النص العام لم يخصص بدليل، وهذا ظني.

• العلم بان النص المطلق لم يقيد بدليل، وهذا ظني.

• العلم بان هذا الدليل لم يعارض بدليل اخر يساويه او يكون اقوى منه، وهذا ظني.

• العلم بان هذا النص لا يتضمن انصاراً وتقديراً، وهذا ظني.

• العلم بان النص لا يوجد فيه التقديم والتأخير، وهذا ظني.

وقال أنصار هذا الزعم ان علم المنطق يقول: النتيجة تابعة لآخر للمقدمتين فالدليل وان كان قطعياً فما دام تشريه هذه الظنون تكون دلالاته على الحكم ظنية.

ولكن في اعتقادي ان هذه الادلة كلها جدلية وسفسطية ومغالطة وان الواقع الذي لا يقبل النقاش هو ان النص سواء كان ثبوته قطعياً أم ظنياً فان دلالاته على الحكم قد تكون قطعية ان لم يتحمل أكثر من مدلول واحد، وقد تكون ظنية ان احتمل ذلك. والله أعلم بالصواب.

المبحث الثاني

الادلة العقلية

سبق ان بينا ان علماء المنطق قالوا: الدليل ان تولف على حكاية كلام الغير في جميع مقدماته او في بعضها فدليل تقلي والا فدليل عقلي. ونستنتج من هذا ان الدليل العقلي هو الذي لا يتولف في جميع مقدماته على نقل كلام الغير وانما مصدرها العقل فهي تستقي من الوقائع للمادية عن طريق العقل والنظر والاستنتاج.

والادلة العقلية- كالدلة للنقلية- اما يقينية واما ظنية:

الدليل العقلي اليقيني:

هو الذي تكون جميع مقدماته يقينية وللمقدمات اليقينية اما بديهية واما نظرية مكتسبة من البديهيات.

١- اليقينييات البديهية:

وهي ستة انواع^(١):

١- الاوليات:

وهي القضايا التي يحكم بها كل عقل سليم حكماً قطعياً (اي جازماً ثابتاً مطابقاً للواقع بمجرد تصور اطرافها مع النسبة كالحكم بامتناع اجتماع النقيضين او ارتفاعهما، وبان الواحد نصف الاثنين، والكل اعظم من الجزء....

٢- للمشاهدات:

وهي التي يحكم بها العقل قطعاً بوساطة مشاهدة الحكم والواقعة للمادية كمشاهدة الشاهد للقاتل حين ارتكاب جريمة القتل فان ثبوت هذه الواقعة بالنسبة اليه من البديهيات ومن الادلة اليقينية. ولكنه بالنسبة الى القاضي من الظنيات لان القاضي يستند الى قول

^(١) الكندي: البرهان، ص ٢٧٩.

الشاهد وقوله يحتمل الصدق والكذب ويقول علماء المنطق: القضية هي قول يصح ان يقال لقائله انه صادق فيه او كاذب. وكذلك يقول علماء البلاغة: الخبر هو ما يحتمل الصدق والكذب.

٣- قضايا ادلتها معها:

وتسمى (الفطريات) وهي التي يحكم فيها بحكم قطعي بواسطة دليل لازم لتصور اطرافها كالحكم بزوجة الارعة لانقسامها الى قسمين متساويين.

٤- التواترات:

وهي من الادلة العقلية اليقينية كما ذكرنا سابقاً.

٥- المجربات:

وهي القضايا التي يحكم بها العقل حكماً قطعياً بواسطة دليل يحصل للاتسان تلقائياً عند تكرار مشاهدة الاثر المترتب على التجربة.

٦- الحدسيات:

وهي التي يحكم بها العقل بواسطة قياس يحصل للاتسان تلقائياً بعد الحدس الذي هو ملكة الانتقال التلقائي من المبادئ الى المطالب كالحكم بظنيرة المجرم عند ثبوت تكرره ارتكابه لعدة جرائم خطيرة متعاقبة دون مجرد معلول.

ب- اليقينات النظرية:

وهي المقدمات اليقينية المكتسبة من الادلة البديهية. كالمقدمات الشاهنة بالتواتر او بالتجربة...

والدليل الذي يتكون من مقدمات يقينية بديهية او نظرية يسمى ((الدليل البرهاني)) وهو سيد الادلة لانه يفيد العلم اليقيني (الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع) ونتيجته تكون دائماً يقينية.

اما الدليل الذي يتكون من مقدمات فنية صرفة او من مقدمات بعضها فنية وبعضها يقينية فلا يفيد الا الظن وذلك لان النتيجة تابعة لاجزائها المقدمات فالدليل المكون من الظن واليقين نتيجته تكون فنية لا يقينية.

الأدلة اللغوية والأدلة الالغية:

قسم علماء المنطق الأدلة مطلقاً سواء كانت يقينية أم ظنية الى قسمين الأدلة اللغوية والأدلة الالغية.

القسم الأول-الدليل اللغوي:

وهو الاستدلال بوجوده العلة (أو السبب) على وجود المفعول (أو المسبب). وأساس هذا الدليل هو القاعدة المنطقية والاصولية القاضية بأن ((الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً)) أي كلما تحققت العلة تحققت الحكم، وكلما تخلفت العلة تخلف الحكم. ومن الأدلة اللغوية التمثيل الذي يرادف القياس القانوني والاصولي وهو الحاق القاضي واقعة لم يرد بشأنها نص ظاهر بواقعة أخرى ورد فيها النص لاشتراك الواقعتين في علة الحكم.

وهذا القياس في حقيقته يرجع الى الاستدلال بالعلة على وجود المفعول فبعد ادراك القاضي لعلة الحكم الوارد في النص وبعد ثبوت هذه العلة لديه في واقعة أخرى مشابهة يستدل على ثبوت الحكم في الواقعة غير المنصوص عليها بالعلة التي شرع الحكم لاجلها. والقياس وإن كان مغلوطاً في القضايا الجنائية بناء على مبدأ الشرعية ((الاجرمية ولا حقورية الا بناء على نص)) إلا أن له أهمية كبرى في الحياة العملية القضائية وعلى سبيل المثال:

قال سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يَنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾^(١) فحرم كنز الذهب والفضة بعدم انفاقهما في التنمية الاجتماعية أو الاقتصادية أو الثقافية وبعدم استثمارهما لدر النفع العام والخاص وعدم انفاقهما في سبيل المصلحة العامة الى غير ذلك.

والقاضي بعد ادراك حكمة تحريم كنز الذهب والفضة وبعد الاحاطة بعلة تشريع هذا الحكم يقضي بتحريم كنز كل عملة ورقية أو معدنية متداولة في العالم لان العلة الموجبة لتشريع هذا التحريم في الكل واحدة، ولان الغاية والحكمة المتوخاة من تهديد الذين يكتنزون الذهب والفضة بالعقاب والعذاب الاليم هي نفس الغاية ونفس الحكمة بالنسبة لكل عملة

(١) سورة التوبة/ ٣٤.

تؤدي وظيفة الذهب والفضة وتحمل عليهما في التداول. وللاستدلال القياسي عن طريق القياس يجب توفر العناصر الاربعة الاتية:

- ١- الاصل- او المشبه به- او المقيس عليه وهو عبارة عن الواقعة التي ورد بصدها النص.
- ٢- الفرع- او المشبه- او للمقيس: وهو عبارة عن الواقعة المشابهة للواقعة الاولى ولكن لم يرد فيها نص.

٣- الجامع- او العلة المشتركة- او السبب الموجب لتشريع حكم الواقعة المقيس عليها وتوفر هذه العلة في الواقعة الثانية التي يريد القاضي مخالفتها بالواقعة الاولى.

٤- الحكم: وهو ما ثبت للقضية للمقيس عليها من وجوب او تحريم او جواز او غير ذلك... وهذه العناصر الاربعة متوفرة في قياس القاتل للموصى له للموصى على الوارث القاتل للحكم بحرمانه من الوصية كحرمان القاتل الوارث من الميراث. فواقعة قتل الوارث للموصى مقيس عليها ثبت حكمها بقول الرسول صلى الله عليه وسلم ((لا يرث القاتل)) وواقعة قتل الموصى له للموصى مقيسة والعلة الجامعة هي ان من استعمل في شيء قبل لوامه عواقب بحرمانه والحكمة الجامعة هي حماية ارواح الابرياء بالاضافة الى عدم جواز استفادة الجاني من جرمته والحكم هو الحرمان من الوصية كما يحرم الوارث من التركة.

القسم الثاني- الدليل الانفي:

وهو الاستدلال بالانتر على وجود المؤثر او الاستدلال بالمحلول على وجود العلة او الاستدلال بالسبب على وجود السبب فهذه التعابير المختلفة لها مضمون واحد.

وجل الادلة القضائية في اثبات الجريمة هي الادلة الانية كالاستدلال ببصمات الاصابع على اثبات التهمة للموجهة الى من تتفق بصماته مع الاثار التي تركتها بصمات مرتكب الجريمة.

وكالاستدلال باثار الاقدام واثار القدم هو شكلها الذي تتركه عند ملاستها لجسم قابل للتأثر مثل الرمل او الطين او القربب الناعم او الذي تطبعه على جسم اخر بمادة تكون عالقة بها مثل الدم او الماء او القربب...^(١)

ويمكن اعتبار الاستدلال على استخلاص القصد الجنائي باستعمال الوسيلة القاتلة بطبيعتها غالباً من قبيل الدليل الانفي لان نية القتل هي العلة الدافعة لاستعمال القاتل

^(١) الدكتور سلطان الشاوي: اصول التحقيق الاجرامي، ص ١٨٢.

لهذا النوع من السلاح فإذا كانت الوسيلة التي استخدمها الجاني قاتلة بطبيعتها ومن شأنها أحداث الموت دل ذلك على توفر القصد الجنائي لدى القاتل وهكذا كل اثر ملموس يستدل به المحقق او القاضي على ادانة المتهم على اساس ان الاثر دليل على قيام المؤثر يعتبر هذا الاستدلال في علم المنطق دليلاً ايضاً.

الخاتمة

أهم النتائج الأصلية للمبتكرة في هذا البحث

- ١- إثبات الصلة بين المنطق والقانون بالشواهد النظرية والوقائع العملية.
- ٢- إرجاع دلالات النصوص الشرعية والقانونية الست الى الدلالات المنطقية الثلاث.
- ٣- اكتشاف نواقص تشريعية عن طريق قواعد منطقية.
- ٤- استنتاج أهمية المنطق للقانونيين من أخطاءهم في تفسير النصوص.
- ٥- تبيان امكانية تقويم الادلة القضائية بالمعايير المنطقية.

المراجع

للمراجع للمنطقية:

١. ابن سينا ابو علي الحسين بن عبدالله بن سينا: منطق الاشارات والتنبيهات
طبعة دار المعارف ١٩٦٠.
٢. الانصاري زكريا الانصاري: شرح ايساغوجي في المنطق مع حاشية العطار طبعة
١٣١١هـ.
٣. التفتازاني العلامة سعدالدين التفتازاني: تهذيب المنطق.
٤. الحبيصي عبدالله بن فضل الله: شرح الحبيصي على تهذيب المنطق.
٥. الدسوقي العلامة محمد بن عرفة الدسوقي المالكي: التجريد الثاني طبعة
١٣٢٨هـ.
٦. الرازي قطب الدين الرازي: تحرير القواعد المنطقية في شرح رسالة الشمسية.
٧. الغزالي محمد بن محمد الغزالي: معيار العلم في فن المنطق طبعة ١٩٢٧م.
٨. القزويني نجم الدين القزويني: الشمسية في القواعد المنطقية طبعة ١٣١٤هـ.
٩. الكليني: العلامة اسماعيل بن مصطفى المعروف بشيخ زادة الكليني: البرهان
مع حاشية العلامة عبدالرحمن البنجيوني، وحاشية العلامة الشيخ عمر
المعروف بابن القردهاخي. مطبعة السعادة القاهرة.
١٠. الدكتور علي سامي النشار: المنطق الصوري منذ ارسطو وتطوره المعاصر طبعة
١٩٥٥م.
١١. الدكتور علي عبدالمعطي محمد: المنطق ومناهج البحث العلمي في العلوم
الرياضية والطبيعية دار الجامعات المصرية.
١٢. الدكتور مهدي فضل الله، مدخل الى علم المنطق (المنطق التقليدي) دار الطليعة
ببوت.

للمراجع القانونية:

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
٢. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

٣. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.
٤. قانون العقوبات المصري.
٥. قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.
٦. الوسيط للدكتور عبدالرزاق السنهوري نشره دار النهضة العربية ١٩٦٤.
٧. المشروع للقانون المدني العراقي الجديد ١٩٨٤.
٨. الدكتور سلطان الشاري: اصول التحليق الاجرامي مطبعة جامعة بغداد ١٩٨١.